



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-02-216039/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	IRINEUSA ALMEIDA BARBOSA - Me					
RECORRIDA	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR(A)	Francisco A Feijó	AIIM	3129741	S. ORAL	SIM	X
EMENTA						
Há Protesto por Sustentação Oral (fls. 188).						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA .			
Artigo 58, 87, 215, 223, 253, RICMS/00			- Artigo 527, inciso I, alínea " a ", c/c/ parágrafo 1 e 10, RICMS/00 .			
			-			

RELATORIO

A contribuinte é acusada de deixar de pagar ICMS, no montante de R\$ 367.210,16, nos períodos de janeiro/07 a dezembro/2008, valor esse apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509, do RICMS/00, com base em informações fornecidas pelas empresas de cartão de crédito e débito, e as diferenças apuradas em relatório circunstanciado, e o imposto calculado pela alíquota de 18%.

A decisão singular (fls. 134/143) julgou procedente a acusação fiscal. Inconformada a contribuinte ingressou com ORDINARIO (fls.147/149), pugnano pela reforma dessa decisão e a anulação do AIIM.

Esse recurso foi julgado pela D. 6ª. C. Julgadora(160/162), que em sessão de 05.10.20, a unanimidade, negou provimento.

Inconformada ingressou a contribuinte com este ESPECIAL(fls. 174/189), protestando por sustentação oral e pedindo a improcedência da acusação, porque a razão de decidir diverge da acusação imposta e a recorrente não sabia do que estava sendo acusada.

Cita como paradigmas as decisões extraídas dos processos DRT-2- 794336/09, que trata de nulidade do AIIM por cerceamento de defesa, processo DRT- 12- 450/99, processo DRT- 5- 6910/87, que trata de levantamento específico, DRT-2- 13267/89, que trata de apuração de diferenças, DRT- 1- 20749/91, que trata de dados insuficientes, processo DRT-C-1- 277/97, que trata de erro de direito no lançamento, cita outras decisões e traz o aresto no processo DRT-12-126388/10, que trata do mesmo caso discutido nestes autos, o assim chamado CARTÃO VERMELHO, em que foi julgada improcedente a acusação.

Pede, finalmente, a reforma da decisão, nos termos do que foi decidido em processos cujos arestos transcreveu nos autos.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-02-216039/10

RECURSO
ESPECIAL

Manifestação da Fazenda Publica (fls. 296/300), pelo não conhecimento do recurso, por entender que os paradigmas não se prestam ao confronto, pois foram extraídos de processos em que os julgamentos foram tomados com base nos eventos ali narrados, que são diferentes em cada caso, transcrevendo tópico do voto condutor nestes autos e nos paradigmas.

Havendo Protesto por Sustentação Oral, devolvo ao setor competente para designação de data.

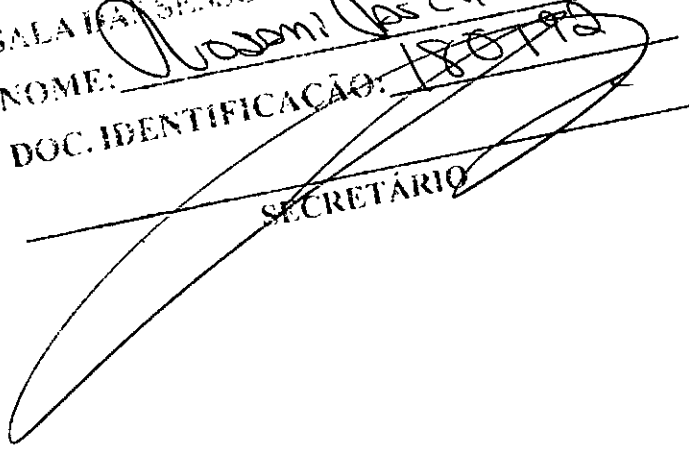
São Paulo,

Francisco Antonio Feijó
Relator

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA SUPERIOR
SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado compareceu à
Sessão de hoje desta Câmara e procedeu à
Sustentação oral requerida.

SALA DE SESSÕES, em 22, 05, 2012
NOME: Wesley das Chagas
DOC. IDENTIFICAÇÃO: 180712


SECRETÁRIO



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-02-216039/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	IRINEUSA ALMEIDA BARBOSA- Me					
RECORRIDA.	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR(A)	Francisco A Feijó	AIIIM	3129741	S. ORAL	SIM	X
EMENTA						
<p>ICMS- CARTÃO VERMELHO- A contribuinte foi acusada de ter deixado de pagar ICMS, apurado por meio de levantamento efetuado com base em informações fornecidas por administradoras de cartão de crédito, em confronto com informações fornecidas pela própria contribuinte. Decisão recorrida, negou provimento, a unanimidade ao ordinário, mantendo a decisão singular. A contribuinte ingressa com este ESPECIAL e pede o cancelamento do auto de infração, porque a razão de decidir, diverge da acusação imposta e ela não sabia do que estava sendo acusada. No mérito, pede a reforma da decisão e a anulação do auto de infração Paradigmas se prestam ao confronto. Recurso da contribuinte conhecido, mas negado provimento para manter a decisão recorrida que em meu entender não merece reparos.</p>						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA .			
Artigos 58, 87, 215, 223, 253, RICMS/00,			- Artigo 527, inciso I, alínea " a ", c/c/ parágrafo 1 e 10, RICMS/00.			
			-			

Entendo que este processo encontra-se em condições e ser julgado.

DECISÃO

Este processo trata do assim chamado " CARTAO VERMELHO, que na realidade nada mais é que o confronto de informações obtidas pelo fisco, junto às administradoras de cartões de crédito, com aquelas prestadas pela própria contribuinte.

Como é conhecido de todos, os cartões de crédito/débito existem para facilitar a vida de todos nós, evitando que se precise carregar moeda ou cheques.

As informações que as administradoras de cartões de crédito possuem, são geradas pelos próprios estabelecimentos comerciais, pois cada uma das operações praticadas com o cartão, precisa ser autorizada previamente pela operadora, para a própria segurança do estabelecimento comercial e do usuário, permitindo ainda o cartão, o parcelamento do pagamento.

A seu turno, as empresas que se utilizam de cartões de crédito, devem registrar essas operações, normalmente, como registram aquelas que são liquidadas em dinheiro ou em cheque, bem como registrar eventuais cancelamentos, ou devoluções de mercadorias, ou separar a venda de mercadorias, das operações sujeitas ao ISS, pois o cartão de crédito e



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-02-216039/10

RECURSO
ESPECIAL

débito, serve para liquidar qualquer tipo de operação, não só o de circulação de mercadorias.

Para efeito contábil, o valor recebido em cartão de crédito/débito, deve ser registrado em uma conta própria do ativo da empresa e quando resgatado pela administradora do cartão, transformado em moeda circulante e, a contra partida do lançamento inicial de emissão do cartão, deve identificar se a operação é de saída de mercadoria ou de serviços e deverá a contabilidade da empresa, registrar eventuais cancelamentos dessas operações, tudo de acordo com as informações geradas pelas próprias máquinas fornecidas pelas operadoras que cobram o aluguel das mesmas, junto com a taxa de administração sobre o valor das operações realizadas.

Ao mesmo tempo, as empresas contribuintes, eletronicamente, deverão registrar todas essas operações, pois deverão transmiti-las ao fisco, através das guias de informações- GIAs.

Portanto, o que faz a operadora do cartão de crédito, é ser a intermediária, na transação, autorizando o portador do cartão de débito/crédito de sua " bandeira", a liquidar através do mesmo, uma compra ou um serviço tomado, de uma empresa, com a qual mantém contrato e, no final de período contratado com a empresa, liquidar o valor dos cupons de vendas emitidos pelas máquinas, trocando-os por moeda, após o ajuste feito com essas empresas, de vendas ou serviços cancelados, informações essas prestadas pela própria empresa contribuinte.

Nada mais do que isso.

A seu turno na empresa, sendo o cartão de crédito/débito, uma forma de pagamento, é importante verificar se o montante dos cartões emitidos no mês, mais as vendas em dinheiro ou em cheques, mais os cancelamentos, fecham em seu valor total, no que concerne as notas emitidas e os registros fiscais, que levaram a apuração do valor do imposto a pagar.

Muito simples a operação e nada muda, no conceito contábil.

O que se verifica nestes autos é que o fisco, com base em dispositivo legal, consubstanciado no disposto no artigo 509 do RICMS/00, solicitou às empresas administradoras de cartões de crédito que informassem o montante mês a mês, das vendas efetuadas pela autuada.

Recebidas essas informações, o fisco notificou a contribuinte, dando conta de que tinha em seu poder, as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, referentes ao período determinado e que deveria ela, justificar em um prazo de 10 dias, as operações que se referissem a venda de serviços, cancelamentos de operações, saídas referentes a mês posterior ao do pagamento efetuado com cartão, enfim, que efetuasse a conciliação dos valores apresentados pela administradora, com aquelas contidos em sua escrituração fisco/contábil, para que fosse possível concluir qual o efetivo montante das



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-02-216039/10

RECURSO
ESPECIAL

vendas sujeitas ao ICMS realizadas no período.

Reitero que as informações prestadas pela empresa à administradora de cartão de crédito e por essa entregues ao fisco paulista, são as mesmas, não havendo, portanto, que se falar em informações preservadas pelo sigilo, ou que devessem ser previamente objeto de processo administrativo próprio.

Insisto, as informações prestadas pelas administradoras dos cartões de crédito, foram geradas pela própria contribuinte, quando das transações praticadas com esses cartões, e o fisco nada mais busca, que conciliar essas informações, com os registros delas decorrentes, não se tratando de levantamento fiscal que envolveria estoques, pois não se está pedindo contagem de mercadorias e sim, conciliando-se informações não preservadas por sigilo, como ocorre com o fisco federal que anualmente solicita se faça a declaração de ajuste anual física ou jurídica, se utilizando de informações contidas em seu banco de dados, obtidas das mais diversas fontes, e que ficam aguardando que apresentemos esse ajuste e pelo confronto, sejam apuradas as inconsistências e sejamos intimados a esclarecer, sob pena de autuação.

Nada mais do que isso acontece no assim chamado **CARTÃO VERMELHO**.

Não vejo cerceamento de defesa, ou ferimento ao direito constitucional, como inclusive salientado na manifestação da Ministra Ellen Gracie do STF.

A contribuinte por disposição legal, passou a adotar controles magnéticos que deve fornecer ao fisco, quando solicitada, porque esses registros substituem registros em papel, como ocorreu no caso dos autos.

Verifico que consta nos autos o disquete com o arquivo fiscal da autuada e a degravação do mesmo.

Volto a me socorrer do fisco federal, e saliento que a DIRF fornecida pelas empresas, com as informações individuais de empregados ou outros, e os informes fornecidos pelos bancos, tudo isso, compõem um elenco de fontes que abastecem os arquivos fiscais e desenvolvem programas de fiscalização que permitem, obter conclusões sobre a certeza das informações prestadas e apurar as faltas e erros cometidos.

O convênio existente entre os fiscos estaduais, municipais e federais, ai está e não quebra o sigilo bancário, ou fere a constituição, no que concerne a liberdade de informações.

A maior defesa que os contribuintes podem utilizar está na contabilidade, nos próprios registros fiscais. É necessário responder a solicitação fiscal e mostrar que os dados estão certos e se não estão, porque razão isso aconteceu, por falha na informação da operadora, ou falha na informação contida no registro magnético.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-02-216039/10

RECURSO
ESPECIAL

A contribuinte busca em seu recurso, a improcedência da acusação, com o arquivamento do AIIM. Alega que a razão de decidir, diverge da acusação e não sabia do que estava sendo acusada.

Vou aos autos e leio (fls. 161)- “ O tema é a prova. A R. não ilidiu a acusação . Improcedem os pleitos pelo exame de livros e documentos outros para a realização do levantamento da espécie. A simplicidade do procedimento é exatamente o componente principal de sua irrefutabilidade, exceto por meio de provas cabais”.

E mais- “ Para a apuração dessas diferenças, o fisco não carece empreender grandes análises ou exames documentais: basta cotejar vendas declaradas e operações de cartões de crédito ou débito e, resultando maior estas ultimas, decerto que a diferença foi intencionalmente omitida ao fisco. A R. não apresentou uma só prova que pudesse infirmar o trabalho fiscal”.

Meu entendimento é o mesmo adotado pela D. C. Câmara que julgou este processo.

As informações obtidas das operadoras, para nada mais servem, a não ser para confirmar as informações previamente fornecidas ao fisco pelo próprio contribuinte. Tais informações servem apenas para a fiscalização de eventuais omissões de operações tributáveis . Nada mais.

Em meu entender está sendo dado ao que se chama de **CARTÃO VERMELHO** um enfoque não compatível com a realidade. O cartão de débito/crédito nada mais é que uma modalidade de pagamento, em cartão de plástico, que não muda os conceitos da saída de mercadorias e serviços e que não impede o fisco de buscar a verdade material das operações praticadas, em busca da segurança fiscal e da correção contábil.

Os paradigmas apresentados se prestam ao confronto.

Por todo o exposto, conheço do recurso da contribuinte, mas lhe nego provimento, para manter a decisão recorrida, que em meu entender não merece reparos.

São Paulo

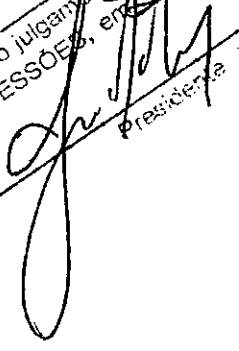
Francisco Antonio Feijó
Relator

[Handwritten signature] 22/5/12

A pedido dou vista ao processo a(o) 9R(a)

pelo prazo de _____
ficando adiado o julgamento em _____
SALA DAS SESSÕES, em _____

dias (art. 028 do R.J.)


Presidência

01/11/2012



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRT-02-216.039/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	IRINEUSA ALMEIDA BARBOSA-ME	
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO	
RELATOR	Dr. FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ	AIIM: 3.129.741-9

E M E N T A

ICMS. Infrações relativas ao pagamento do imposto. "Operação Cartão Vermelho". Autuação viciada de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais". Invalidez do ato administrativo.

I — Observado o que estabelecem a Lei Complementar nº105/01, de cunho nacional, e o Decreto Estadual nº 54.240/09, a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas não podem ser levados a efeito antes de se instaurar o processo administrativo tributário, ou de se dar marcha a regular procedimento de fiscalização, o que não foi respeitado no caso concreto. Diagnostica-se, sem dificuldade, que inválida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual nº 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os casos de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais".

II — Recurso provido.

VOTO VISTA — ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

1) Adotado sem ressalvas o relatório elaborado pelo i. Juiz FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ, peço sua licença para lançar voto divergente.

2) Cotejadas as (i) informações que, antes de regularmente iniciado qualquer que seja procedimento fiscalizatório, obteve de "empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito", ao (ii) quanto a Contribuinte declarara como montante tributável no curso de determinado período de tempo, concluiu a Fiscalização pela ocorrência de infrações relativas ao pagamento do ICMS.

3) Sucede que as referidas informações foram obtidas e examinadas pela Fiscalização sem que se atentasse ao quanto estabelecido na Lei Complementar nº105/01, de cunho nacional, e no Decreto Estadual nº 54.240/09: a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas não podem ser levados a efeito antes de se instaurar o processo administrativo tributário, ou de se dar marcha a regular procedimento de fiscalização.

Salta aos olhos, muito especialmente, o menoscabo ao que vai nos artigos 4º, 5º e 6º, todos do Decreto Estadual nº 54.240/09.



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRT-02-216.039/10

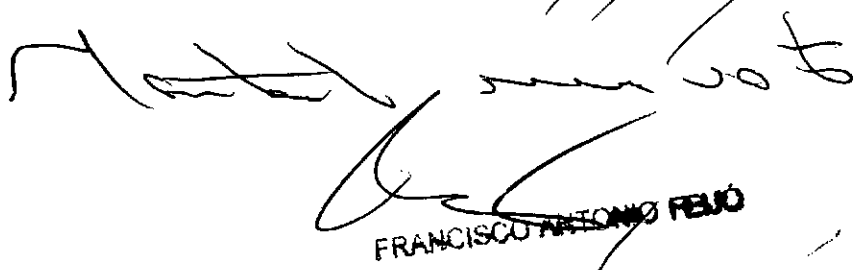
RECURSO
ESPECIAL

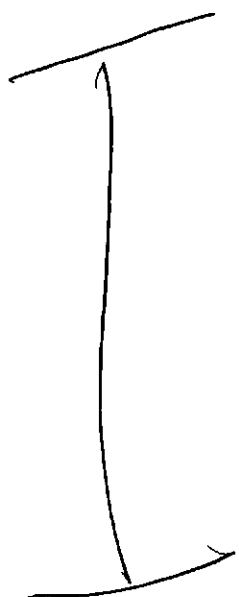
Diagnostica-se, sem dificuldade, que inválida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual nº 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os casos de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais".

4) Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, declarando nulo o ato administrativo veiculado no AHM.

Plenário Antônio Pinto da Silva, *18* de *setembro* de 2012


ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO


FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ





SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT 02-216039/2010

RECURSO
ESPECIAL

VOTO EM SEPARADO

ACOMPANHADO DO DR. FIGUÊRO, COM OS FUNDAMENTOS A SEGUIR:

Falta de pagamento do imposto apurado por meio de levantamento fiscal – Operação Cartão Vermelho. Cotejo dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e declaração dos valores repassados à empresa por administradoras de cartão de crédito. Contribuinte entende violado o sigilo bancário. Autuação correta, considerando que:

- a Administração é competente para erigir obrigações acessórias a teor do artigo 113 do CTN;
- a exigência de conjugação da emissão do cupom fiscal com o comprovante de pagamento se faz necessário para o controle do cumprimento da obrigação tributária;
- as informações conferidas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito ao Fisco não implicam quebra de sigilo ou privacidade da pessoa jurídica, mas apenas repasse de dados para a Administração Pública, autorizada por lei, como medida fiscalizatória;
- autuação do Fisco que se insere no poder de polícia; descaracterizada a quebra de intimidade ou de sigilo, cuidando-se apenas de transferência de dados para a Administração Pública.
- o contribuinte tem oportunidade de prestar os esclarecimentos que julgar necessários para comprovar que tais situações não sejam passíveis de tributação.
- não há que se falar em “sigilo bancário” em relação a informações que, pelo ordenamento jurídico, conforme art. 251, §2º RICMS/00, Portarias CAT-55/98 e 80/01 e Convênio ECF-01/98, já deveriam constar no próprio Cupom Fiscal, sendo que desse documento foram subtraídos numa atitude ilícita do contribuinte.
- **CONHEÇO DO RECURSO ESPECIAL E NEGO PROVIMENTO, MANTENDO A DECISÃO RECORRIDA.**

JOSÉ ROBERTO ROSA

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRT - 02 - 216039/2010

RECURSO
Especial

Trata-se de acusação fiscal envolvendo a falta de pagamento do ICMS, apurado por meio de levantamento fiscal. O movimento real tributável se deu com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e débito.

O tema em discussão diz respeito a pretendida declaração de "nulidade" do feito, sob o argumento pueril de "quebra do sigilo bancário" do particular, pois o Fisco já teria angariado as informações oriundas das Instituições Financeiras, sem que houvesse procedimento fiscal prévio ou em curso, o que violaria os ditames da Lei Complementar n. 105/2001(arts. 5º e 6º) e Decreto n. 54.240/09.

Sou pela inexistência de qualquer mácula no procedimento adotado pelo Fisco.

O art. 145, §1º, da Constituição Federal permite a autoridade fiscal identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A Lei Complementar n. 105/2001 autoriza a transferência direta do sigilo bancário para a Administração Tributária, ficando a autoridade administrativa responsável pela guarda de tais dados.

Como afirma SERGIO CARLOS COVELLO, "*certo que o sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais que lhe estabelecem contornos. Em nosso ordenamento, o sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o Fisco e ante as Comissões Parlamentares de Inquérito. Trata-se de derrogações expressas do sigilo com escopo na ordem pública. Paralelamente, existem abrandamentos da obrigação fundados na vontade do titular do sigilo e na própria natureza da atividade bancária*". (RT-648/26)

A própria jurisprudência do STF tem se inclinado "*no sentido de que o direito ao sigilo bancário não é absoluto, devendo ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade, sendo certo, portanto, que as exceções podem ser disciplinadas por normas infraconstitucionais*"(RE-219.780, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU-10/9/99)

Assim, não se pode cogitar de quebra de sigilo bancário, quando da prestação pelas operadoras de cartões, de informações sobre a movimentação financeira do contribuinte, eis que, tais dados, não serão divulgados ao público, mas sim, levados exclusivamente ao conhecimento do Fisco.

Não vejo, ademais, qualquer justificativa jurídica para se restringir que tais dados sejam repassados pelas instituições financeiras ao Fisco.

De fato, tem o contribuinte o dever de prestar todas as informações sobre sua movimentação mercantil, mediante o cumprimento de suas obrigações acessórias.

Tais deveres instrumentais representam o reflexo documental de suas atividades que, tem por escopo, fornecer os instrumentos necessários à apuração e verificação do tributo devido.

Aliás, o conhecimento dos dados relativos à movimentação financeira do sujeito passivo tem, em mira, comprovar e testar a veracidade das informações constantes dos documentos fiscais por ele emitidos.

Acrescento que as providências adotadas pelo Fisco vêm respaldadas pelo art. 75, X da Lei Estadual 6374/89(*na redação introduzida pela Lei 12.294/2006*) pelo artigo 509-A do RICMS e pela Portaria CAT-87/2006.

Quanto ao argumento de imprestabilidade da prova obtida pelo Fisco, por ofensa ao devido processo legal, porque este já havia obtido previamente a qualquer procedimento fiscal as informações financeiras junto às Administradoras de Cartões de Crédito e Débito, não compartilho de tal assertiva.

O artigo 6º, da Lei Complementar 105/2001 não exige que o procedimento administrativo ou fiscal para a coleta e exame das informações das instituições financeiras seja específico.

Ademais, é sabido que a ação fiscal combatida escora-se em rotina administrativa de trabalho, desenvolvida pela Diretoria Executiva da Administração Tributária, denominada "Operação Cartão Vermelho".

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRT 2-216039/2010

RECURSO
Especial

Esse plano de trabalho, veiculado através de Ofício Circular, tem por escopo coibir e reprimir práticas de sonegação fiscal representadas por vendas feitas com cartões, sem a correspondente emissão de documento fiscal.

É seguramente um ato administrativo que visa dar início ao procedimento fiscal que cuida de investigar sobre o comportamento fiscal do contribuinte que recebeu por suas transações mercantis – o pagamento por cartão. (débito e crédito).

Embora tal se dê pela via oblíqua, amolda-se, a meu ver, ao quanto disciplinado pelo artigo 6º, da Lei Complementar n. 105/01.

Nesse ponto, faço um paralelo com o inquérito policial, o qual é um procedimento meramente informativo, destinado à investigação de um fato possivelmente criminoso e a identificação de seu autor, objetivando a obtenção de elementos suficientes para a propositura de uma ação penal.

Por não integrar o processo penal em sentido estrito, conforme pacífica jurisprudência do STF e do STJ não está sujeito ao princípio do contraditório ou da ampla defesa. (STF, RTJ-143/306, RE-136.239-SP; STJ, RHC4145-5).

Guardadas as devidas proporções, o mesmo ocorre no decorrer da fase em que, a Administração Tributária identifica ou fiscaliza os rendimentos dos contribuintes, recorrendo a intimação escrita às instituições financeiras, e por isso mesmo, não está sujeita ao contraditório e a ampla defesa, pois nesta fase, não se pode afirmar que haja, ainda, “litigante ou acusado”.

Só tem início o processo administrativo tributário com a lavratura do AIIM, acompanhado dos elementos de prova permitidos em lei.

Acrescenta-se o Decreto n. 54.240/2009 que regulamenta a aplicação do artigo 6º, da Lei Complementar n. 105, de 2001. Em seu art. 2º, §1º, referido diploma considerou “*como iniciado o procedimento de fiscalização, a partir da emissão da ordem de fiscalização, de notificação ou ato administrativo que autorize a execução de qualquer procedimento fiscal, como previsto no artigo 9º, da Lei Complementar Estadual 939, de 2003*”.

Sob este prisma, o próprio AIIM informa:

(a) já havia ordem de serviço de fiscalização, baseado em plano de trabalho da DEAT, denominado “Operação Cartão Vermelho”;

(b) a contribuinte foi previamente intimada a prestar os esclarecimentos necessários e apresentar os documentos que viessem a desfazer a pretensão fiscal de presunção de vendas omitidas da tributação.

Se porventura, assim não for compreendido, não há nulidade na autuação.

O processo rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, donde só se considera nulo, o ato que não se enquadrar no modelo legal respectivo, e simultaneamente não atingir seus fins.

A mera irregularidade formal não tem o condão de contaminar os atos subsequentes.

Por isso, podem ser convalidados os atos praticados pelo Fisco, que não causaram prejuízo à defesa (*não demonstrado*), e que atingiram sua finalidade.

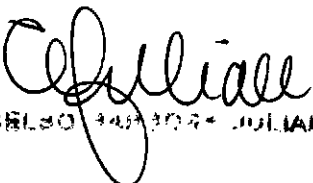
A impossibilidade de convalidamento do ato só se verificaria se daí resultasse dano ou alcance a direito subjetivo, quer da própria administração, quer de terceiros. “*Não se decreta nulidade, quando se pode convalidar o ato, a menos que este(...) tenha acarretado prejuízos*”. (RDA-84/195)

Por derradeiro, constato que a contribuinte foi intimada a esclarecer em todas as fases do contencioso, as diferenças apuradas pela fiscalização.

Não o fez.

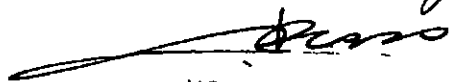
Vai daí, que merece prevalecer a reclamação fiscal de falta de pagamento do ICMS, apurada por levantamento fiscal, cujas vendas ocultou da tributação.

Por tais razões, acompanho o Dr. Feijó.


CELSON LUIZ DE AGUIAR

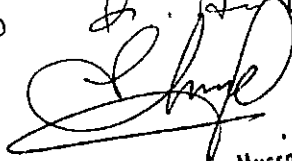


Como Dr. Feijó



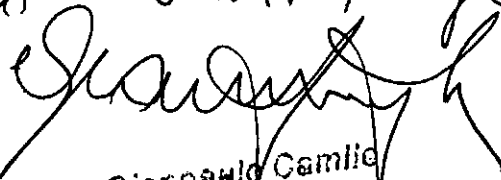
AUGUSTO TOSCANO

Como Dr. Antonio Augusto



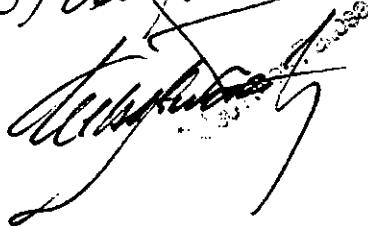
LUIZ FERRANDO MUSSOLINI JR.

Como Sr. Feijó



GIANPAOLO CAMILLO DRINGOLI

Como Sr. Antonio Augusto

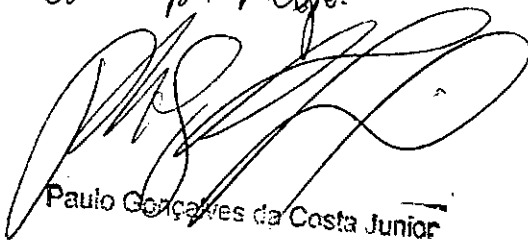


Como Sr. Feijó



EGLI PRANDINI MACIOTI

Como Dr. Feijó



PAULO GONÇALVES DA COSTA JUNIOR

Como Sr. Antonio Augusto



VICENTE DO CARMO SAPIENZA

DRT - 02 - 216 039/2010

Pedi preferência para expor meu entendimento acerca da questão em discussão no presente processo.

Trata-se de acusação de falta de pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento fiscal feito no bojo da chamada operação cartão vermelho.

Com relação à questão do sigilo bancário, invocado com base no art. 6º da Lei Complementar 105/91, entendo que ele não foi quebrado em momento algum do procedimento de fiscalização.

A regra do referido art. 6º é dirigida às instituições financeiras, e não aos contribuintes do ICMS, conforme se extrai de seu texto, que tem a seguinte dicção:

“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (Regulamento)”

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

Verifica-se claramente que esse dispositivo se orienta no sentido de proteger o direito de sigilo a que fazem jus as instituições financeiras, de modo que, se alguém é prejudicado com a violação do disposto nesse artigo, esse prejudicado é a instituição financeira.

As instituições financeiras envolvidas nessas ações fiscais, porém, parece que nunca vislumbraram qualquer violação a direito seu, na medida em que nunca se insurgiram contra as notificações que lhe são feitas para prestar informações sobre movimentações feitas com cartões de crédito.

Observe-se que o fisco paulista não vai às instituições financeiras para “examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras”. Logo, o procedimento do fisco paulista não se encontra subsumido ao conteúdo dessa regra de lei complementar federal, qual seja, o art. 6º da LC 105/01.

Não pode o contribuinte do ICMS paulista, que não é tutelado pela regra desse artigo, invocar sua violação a seu favor.

Pelo que consta dos autos, por outro lado, a notificação às instituições financeiras sempre é feita com base em documento que autorizou a coleta dessas informações. Logo, A Fazenda Pública estava autorizada a agir como agiu.

Não bastasse isso, porém, vale lembrar que o procedimento fiscal não se instaura apenas com a expedição de NIF ou de OSF, mas de qualquer um dos atos relacionados no §§ 2º, 3º e 4º do 88 da Lei Estadual 6.374/89, que tem a seguinte dicção:

“Artigo 88 - O contribuinte que procurar a repartição fiscal, antes de qualquer procedimento do fisco, para sanar irregularidade relacionada com o cumprimento de obrigação pertinente ao imposto fica a salvo das penalidades previstas no artigo 85, desde que a irregularidade seja sanada no prazo cominado.

...

§ 2º - Para efeito de excluir a espontaneidade da iniciativa do infrator, considera-se iniciado o procedimento fiscal:

1 - com a notificação, intimação, lavratura de termo de início de fiscalização ou de auto de infração;

2 - com a lavratura de termo de apreensão de mercadoria, documento ou livro ou de notificação para sua apresentação.

§ 3º - O início do procedimento alcança todo aquele que esteja envolvido na infração apurada pela ação fiscal.

§ 4º - A critério da Secretaria da Fazenda, o contribuinte poderá ser comunicado sobre divergências ou inconsistências identificadas entre as informações por ele prestadas ao fisco e as informações prestadas por terceiros, recebidas ou coletadas pelo fisco no exercício regular de sua atividade, hipótese em que ficará a salvo das penalidades previstas no artigo 85 desta lei, desde que sane a irregularidade no prazo indicado na comunicação. (Parágrafo acrescentado pela Lei 13.918, de 22-12-2009; DOE 23-12-2009)”

No caso, a lei paulista fixa o início do procedimento fiscal não só com a expedição de NIF ou de OSF, mas de qualquer outro ato ali mencionado, inclusive a mera notificação para prestação de informação e exibição de documentos.

E isso foi feito.

E mais, o início do procedimento, mediante a expedição de qualquer notificação, alcança a todos que estiverem envolvidos com infrações praticadas.

Com relação ao Decreto 54.240/09, vale destacar o que consta de sua ementa, nos seguintes termos:

“JOSÉ SERRA, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o disposto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 e na Lei Complementar Estadual 939, de 03 de abril de 2003, Decreta:”

Como o referido decreto vem expressamente para regulamentar o disposto no art. 6º da LC 105/01 e como esse artigo só protege e alcança as instituições financeiras, suas normas devem ser interpretadas à luz do direito dessas empresas, não sendo passíveis de serem invocados por aqueles que não sejam instituições financeiras.

O mesmo se diga sobre a Portaria CAT 12/10, que veio para disciplinar o conteúdo dos arts. 8º e 9º do supracitado decreto.

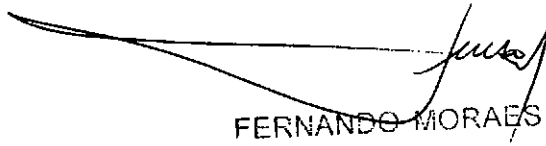
“O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista o disposto nos artigos 8º e 9º do Decreto 54.240, de 14 de abril de 2009 e considerando o teor do artigo 198 do Código Tributário Nacional e do inciso XVIII do artigo 4º da Lei Complementar Estadual n.º 939, de 3 de abril de 2003, bem como a consequente

DRT-02-216039/2010

necessidade de manutenção do sigilo fiscal das informações obtidas pela Secretaria da Fazenda nas hipóteses previstas em lei, expede a seguinte portaria:"

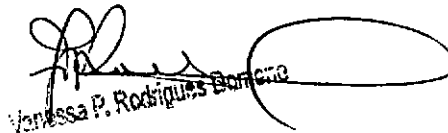
Desse modo, não vejo base legal para que contribuintes do ICMS, que não são empresas financeiras, se beneficiem das supracitadas normas para alegar qualquer quebra de sigilo ou violação ao seu direito de intimidade.

No mais, com D. Supj



FERNANDO MORAES SALLABERRY

Com Dr. Audnio Augusto



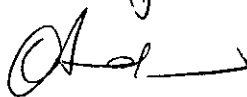
Vanessa P. Rodrigues Bonfere

Com o Dr. Antonio Augusto



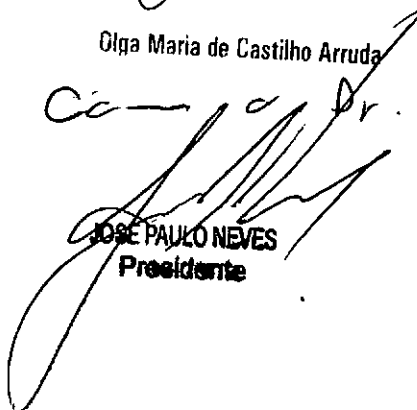
EDUARDO PEREZ SALUSSE

Com o Dr. J. Dora



Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Dr. José Neves



JOSÉ PAULO NEVES
Presidente