



FLS.

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

CÂMARA JULGADORA
TERCEIRA

PROCESSO Nº
DRTC.III-207783/10

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	THE TUDOR COM. DE ROUPAS LTDA.					
RECORRIDO	FAZENDA DO ESTADO					
RELATOR	NELSON PASCHOAL BIAZZI	AIIM	3.129.565-4	S. ORAL	não	
EMENTA						
ICMS. Falta de pagamento: apuração por meio de levantamento fiscal, através de informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito. Parecer da Representação Fiscal pelo desprovisionamento. Recurso Ordinário conhecido e provido, com o cancelamento do AIIM, sem prejuízo de nova ação fiscal.						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			
Arts. 58, 87, 215 e 223 do RICMS/00			Art. 527, I "a", do RICMS/00			

Trata-se de auto lavrado contra THE TUDOR COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA., desta Capital, sob acusação de ter deixado de recolher ICMS no montante de R\$ 382.670,21, nos exercícios de 2006 a 2008, valor esse apurado por meio de levantamento fiscal, realizado nos termos do artigo 509 do RICMS/00, através de informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, conforme relatório circunstanciado de fls. 67/69.

As diferenças apuradas encontram-se demonstradas nos Anexos II-A, III-A e V-A, juntados às fls. 22/32, 27/29 e 30/32, respectivamente, com base nos valores fornecidos pelas administradoras de cartões, de acordo com o disposto no inciso X do artigo 75 da Lei nº 6374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei nº 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT nº 87/06.

Defesa interposta às fls. 71/85, desenvolvida com os seguintes argumentos:

- deve ser decretada a nulidade do auto de infração, por utilização de elementos obtidos com quebra de sigilo, contrariando disposições constitucionais e legais;
- o auto de infração foi lavrado sob presunção, pois não somente houve a apresentação de planilhas sem o fornecimento de documentos fiscais que comprovem as afirmações feitas;
- para haver tributação é necessária a prova da ocorrência do fato gerador do imposto;
- o Fisco somente utilizou-se indícios e presunções para o lançamento de sua acusação;
- ocorreu cerceamento de defesa por falta de clareza na apresentação dos elementos em que se baseou a Fiscalização;



FLS.

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

CÂMARA JULGADORA
TERCEIRA

PROCESSO Nº
DRTC.III-207783/10

RECURSO
ORDINÁRIO

- a multa imposta apresenta-se com caráter confiscatório, ofendendo o princípio da proporcionalidade entre o dano e a infração.

A Unidade de Julgamento de Santos, às fls. 101/108, apreciando devidamente o feito, julgou-o procedente, mantendo as exigências consignadas na inicial.

Não se conformando, a autuada interpôs o tempestivo Recurso Ordinário encartado às fls. 116/135, no qual reitera os argumentos de nulidade do AIIM, de indevida utilização de dados obtidos com quebra de sigilo e de cerceamento de defesa. Tornou contestar a apuração por meio de levantamento fiscal, além de basear-se em presunção e indícios, sem a apresentação de quaisquer provas das operações, finalizando com reclamação pelo alto valor da multa e com o pedido de reforma da decisão recorrida para o cancelamento do auto.

A d. Representação Fiscal, em seus ofícios de fls. 138/144, defendeu a validade da ação fiscal, ressaltando ter sido realizado em função de trabalhos desenvolvidos pela Administração Tributária (Portaria CAT nº 87/06); concluiu por estar comprovada a materialidade da infração e propôs o não provimento do recurso.

É o relatório. Passo ao VOTO

Apesar das respeitáveis considerações expendidas pela d. Representação Fiscal, entendo que a ação fiscal, como instaurada, não reúne condições de prosperar, porque, independentemente da questão que a autuada levantou pela quebra de sigilo – circunstância que, realmente, é de extrema importância, mas que não será objeto de questionamento, nesta oportunidade, em respeito às disposições do artigo 28 da Lei nº 13.457/09 – verifica-se que a metodologia utilizada pelo Fisco na elaboração de seu trabalho, não oferece os elementos necessários para a instauração de cobranças do tributo.

Com efeito. O Fisco vem de acusar a falta de pagamento de imposto, porque apurada mediante a elaboração de levantamento fiscal, conforme preconiza o artigo 509 do RICMS/00. Ainda que referida disposição, em seu § 1º, permita essa apuração através de outros meios, inclusive indiciários, não há como se afastar a regra básica, imposta no mesmo dispositivo, necessária para se conhecer o movimento operacional do contribuinte, que é, em relação a cada período de apuração, a verificação do estoque inicial de mercadorias, o volume de entradas e de saídas e por fim o estoque final dessas mercadorias no estabelecimento, conforme se lê:



FLS.

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

CÂMARA JULGADORA
TERCEIRA

PROCESSO Nº
DRTC.III-207783/10

RECURSO
ORDINÁRIO

Artigo 509 - O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que poderão ser considerados, isolados ou conjuntamente, os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos e do lucro do estabelecimento, bem como de outros elementos informativos (Lei 6.374/89, art. 74, o "caput" e o § 4º na redação da Lei 13.918/09, art. 11, X). (Redação dada ao "caput" do artigo pelo Decreto 55.437, de 17-02-2010; DOE 18-02-2010; Efeitos a partir de 23-12-2009).

§ 1º - No levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário, bem como aplicado coeficiente médio de lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, consideradas a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento."

Não há, pois, como referendar esse trabalho, que se fundamenta em informações relacionadas com o ressarcimento à autuada, pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, de movimentação financeira de determinado período correspondente a esses cartões de crédito/débito, sendo que a própria Portaria CAT nº 87/06, que estabeleceu a obrigatoriedade da entrega dos arquivos magnéticos pelas entidades que administram essa movimentação, não configura as informações a qualquer tipo de operações:

Artigo 1º - A empresa administradora de cartões de crédito ou débito entregará à Secretaria da Fazenda, até o dia 20 de cada mês, as informações relativas a operações de crédito ou de débito realizadas, no mês anterior, pelos estabelecimentos de contribuintes do ICMS localizados neste Estado, gravadas em mídia ótica não regrável."

Ainda que o mesmo artigo 509, em seu § 3º, disponha que a diferença apurada em levantamento fiscal será considerada decorrente de operação tributada, não se pode configurar como tal a diferença assim encontrada, uma vez que partiu de elementos que não oferecem a necessária segurança quanto à sua constituição.

Isto posto, conhecendo do Recurso Ordinário, dou-lhe provimento para, "in casu", julgar insubsistente a ação fiscal, que, evidentemente, poderá ser renovada com base em elementos que representem a realidade operacional da autuada, depois de resolvida a aceitação de ações decorrentes de quebra de sigilo, conforme vêm sendo condenadas pelo Poder Judiciário.

SALA DE SESSÕES, em 10 de 10 de 2010.


NELSON PASCHOAL BIAZZI
JUIZ RELATOR

A pedido dou vista ao processo a/p) SR.(a)

Samuel de Oliveira Magro

pelo prazo de 15 dias (art. 628 do R.I.)

para que apresente o julgamento.

SALA DAS SESSÕES, em 19.10.10

Samuel de Oliveira Magro

Presidência

Samuel de Oliveira Magro



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

FOLHA 1

CÂMARA
3ª JULGADORA

PROCESSO DRT
DRTC III 207783/2010

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	THE TUDOR COM DE ROUPA				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.				
RELATOR	NELSON PASCHOAL BIAZZI			S. ORAL	NÃO
JUIZ COM VISTA	JEFFERSON CHIORO VIEIRA				
ASSUNTO					
Infrações relativas ao pagamento do imposto: Art. 527,I, "a"					
Falta de pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento fiscal -					
Multa equivalente a 80% (oitenta por cento) do valor do imposto;					
DILIGÊNCIA					

VOTO DE VISTA

Pedi vista do presente processo para análise.

A acusação é de falta de pagamento do imposto apurada por meio de levantamento fiscal. O levantamento se deu com base no confronto dos demonstrativos de cartões de crédito.

Antes de discutir a posição do Ilustre Relator, examino questão preliminar.

É sabido que toda e qualquer acusação fiscal, e principalmente as que se baseiam na presunção *juris tantum*, devem manter consonância com os ditames legais para que estejam livres de desconstituição por questões ligadas a nulidades.

As autuações como a que aqui se discute dizem respeito a presunção passível de prova em contrário.

O que vem se verificando em casos como o presente é que, em grande parte das vezes, o contribuinte não tem conseguido afastar a acusação justamente por falta de prova que derrube a presunção levantada pelo fisco.

Dessa forma, nota-se que os autuados vem procurando, de forma mais aprofundada, por falhas na autuação que possam levar a alguma nulidade.



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

FOLHA 2

CÂMARA
3ª JULGADORA

PROCESSO DRT
DRTC III 207783/2010

RECURSO
ORDINÁRIO

Por essa razão, justamente para minimizar a possibilidade de alegações nesse sentido em instâncias mais adiantadas, é que analiso uma questão que pode, em tese, sustentar tese assemelhada.

No caso em tela verifico um detalhe que diz respeito à autorização para o procedimento fiscal.

O inciso IX do art. 4º da Lei Complementar 939/2003 - Código de direitos, garantias e obrigações do contribuinte no Estado de São Paulo - dispõe ser um direito do contribuinte:

“A apresentação de ordem de fiscalização ou outro ato administrativo autorizando a execução de auditorias fiscais, coleta de dados ou quaisquer outros procedimentos determinados pela administração tributária, observado o disposto no artigo 9º”.

Já o citado art. 9º comanda que:

“A execução de trabalhos de fiscalização será precedida de emissão de ordem de fiscalização, notificação ou outro ato administrativo autorizando a execução de quaisquer procedimentos fiscais, exceto nos casos de extrema urgência, tais como flagrante infracional, continuidade de ação fiscal iniciada em outro contribuinte ou apuração de denúncia, nos quais adotar-se-ão de imediato as providências visando a garantia da ação fiscal, devendo nesses casos a ordem de fiscalização, notificação ou outro administrativo ser emitido no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas”. (g.n.)

O parágrafo único do mesmo artigo indica os elementos que devem constar num dos documentos citados:

“A ordem de fiscalização, a notificação ou o ato administrativo



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

FOLHA 3

CÂMARA
3ª JULGADORA

PROCESSO DRT
DRTC III 207783/2010

RECURSO
ORDINÁRIO

referido no "caput" conterà a identificação dos Agentes Fiscais de Rendas encarregados de sua execução, a autoridade responsável por sua emissão, o contribuinte ou local onde será executada, os trabalhos que serão desenvolvidos e o número do telefone ou endereço eletrônicos onde poderão ser obtidas informações necessárias à confirmação de sua autenticidade”

O art. 10 indica como será feita a notificação do início de trabalhos de fiscalização e trata das situações de recusa em recebê-la:

Artigo 10 - A notificação do início de trabalhos de fiscalização será feita mediante a entrega de uma das vias da ordem de fiscalização ou do ato administrativo referido no artigo anterior ao contribuinte, seu representante legal ou preposto com poderes de gestão.

§ 1º - A recusa em assinar comprovante do recebimento da notificação ou a ausência, no estabelecimento de contribuinte, de pessoa com poderes para fazê-lo será certificada pela autoridade fiscal e não obstará o início dos procedimentos de fiscalização.

§ 2º - Na hipótese de recusa ou de ausência do contribuinte, de seu representante legal ou de preposto com poderes de gestão, a notificação será:

1. Lavrada em livro de escrituração contábil ou fiscal ou em impresso de documento fiscal do contribuinte;
2. Na impossibilidade de aplicação do disposto no item anterior, encaminhada posteriormente sob registro postal com aviso de recebimento ou veiculada em edital publicado no Diário Oficial do Estado.

§ 3º - Presume -se entregue a notificação remetida para o endereço indicado pelo contribuinte.



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

FOLHA 4

CÂMARA
3ª JULGADORA

PROCESSO DRT
DRTC III 207783/2010

RECURSO
ORDINÁRIO

Assim, está claro que a lei impõe que o procedimento fiscal esteja devidamente autorizado e que haja a entrega do documento autorizativo ao contribuinte no início dos trabalhos de fiscalização.

Há inclusive precedente no TIT corroborando tal posição.

No julgamento, ocorrido em fevereiro de 2007, o Ilustre Juiz Celso Batista Julian determina a entrega do documento autorizativo de fiscalização ao contribuinte, em cumprimento da Lei Complementar 939/2003 e a anulação da decisão de primeiro grau¹.

No caso em tela, noto que não está presente no processo cópia de tal documento autorizativo nem do comprovante de recebimento de uma das vias daquele documento, pelo que entendo importante converter o presente julgamento em diligência para que seja

¹ [...] Em resumo, tem-se que:

- a) O procedimento fiscal não contou com a ordem de fiscalização prevista na Lei Complementar n. 939/2003, erigida como garantia do contribuinte;
- b) Não foram entregues ao contribuinte, cópia dos documentos apensados à contra-capa do processo, que fundamentaram a denúncia, configurando, no meu sentir, cerceamento de defesa.

Aponte que a denominada ordem de fiscalização, prevista no art. 4º, IX, da Lei Complementar n. 939/2003, ostenta um indicativo de tratamento isonômico que deve haver nas relações entre o Fisco e o contribuinte. Visa, à evidência, evitar o desvio de conduta das autoridades.

[...]Nesse diapasão, revendo a conclusão que alcancei em meu voto, decido por;

- a) Determinar o retorno do Processo ao Posto Fiscal de origem, a fim de que os documentos apensados à contra-capa sejam agora juntados aos autos, entregando-se cópia à defesa, com a reabertura do prazo legal, inclusive para se manifestar sobre estes, se for julgado de valia;
- b) **Anular a decisão de primeira instância**, para que, outra seja proferida, sob pena de caracterizar-se supressão de instância e conseqüente violação ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, eis que os novos elementos que serão trazidos ao processo não foram objeto de apreciação pelo ilustre julgador monocrático.

Decisões da Quinta Câmara Temporária

Sessão de 28/02/2007

Processos Julgados:

Processo: DRTC-I-322863/2003 - AIIM 3003252 - 0

Recorrente: FULTON CONFECOES LTDA

Recorrida: Fazenda Pública do Estado

Relator: Celso Barbosa Julian

Tipo de Recurso: Recurso Ordinário

Advogado: Dr.(a). IDA REGINA PEREIRA LEITE

Anulada(s) decisão(ões) anterior(es). Decisão não unânime



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

FOLHA 5

CÂMARA
3ª JULGADORA

PROCESSO DRT
DRTC III 207783/2010

RECURSO
ORDINÁRIO

trazida ao processo:

- a) Cópia da Ordem de Verificação Fiscal ou ato administrativo que autorizou a fiscalização e
- b) Comprovante de recebimento, pelo contribuinte, de uma das vias da ordem de fiscalização ou do ato administrativo que autorizou a fiscalização.

c) *Após, NOTIFIQUE-SE A RECORRENTE PARA MANIFESTAÇÃO. julga*
Caso não seja este o entendimento da Câmara, retiro o processo para julgamento no estado em que se encontra.

São Paulo, 23 de novembro de 2010

Jefferson
JEFFERSON CHIORO VIEIRA
Juiz Relator

Após a exploração de obra de culto R. Jefferson, gen. et deste, prosse à companhia 10.

3
NELSON P. BIAZZI

Braulto da Silva Filho
Braulto da Silva Filho

Samuel de Oliveira Magro
Samuel de Oliveira Magro