



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCII-254698/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	SEE OTHER COM. DE ROUPAS LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATORA	ROSE SOBRAL	AIIM	3.126.985-0	S. ORAL	SIM
EMENTA					
ICMS. Falta de pagamento do imposto apurado por levantamento fiscal. Cartões de crédito e de débito.					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
- Artigos 58 e 87 do RICMS/00, aprovado pelo Decreto 45.490/00.			- Artigo 527, inciso I, alínea "a" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.		

RELATÓRIO

- 1) Trata-se de tempestivo recurso ordinário contra decisão de primeira instância administrativa no sentido da procedência do auto de infração acima referenciado, que decorre de falta de pagamento do ICMS, nos exercícios de 2006 a 2008, apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, conforme demonstrativos constantes dos autos e com base em informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito/débito.
- 2) No apelo de fls. 144/165, após resumo dos fatos, levanta as seguintes preliminares:
 - a) Nulidade da decisão recorrida por não ter dado a devida atenção às razões apresentadas na impugnação, o que implicaria em cerceamento de defesa;
 - b) Nulidade do procedimento por descumprir a CF/88 e o preconizado na LC 105/01 e Lei 4595/64 tendo em vista a quebra de sigilo de dados, que dependeria de existência prévia de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso;
 - c) Nulidade da acusação por inexistência de prova da infração, não atendendo ao disposto no artigo 142 do CTN, por ausência de motivação, ausência de subsunção dos fatos à norma irrogada na medida em que não se poderia dizer que a exigência decorreria de levantamento fiscal, por terem sido juntados documentos por amostragem e pelo enquadramento da infração estar incorreto.
- 3) No mérito, alega, em síntese, que:
 - a) A forma utilizada pelo fisco seria precária e não permitira a aferição dos cálculos por ele adotada, destacando que o DDF seria incompreensível;
 - b) Não se poderia verificar nenhum levantamento fiscal na forma prescrita no artigo 509 do RICMS/00, o que levaria à aplicação do artigo 112 do CTN;
 - c) A multa feriria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de ter caráter confiscatório;

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCII-254698/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

- d) Questiona os juros e a Taxa Selic.
- 4) Após despacho de fls. 170 do Senhor Delegado Tributário de Julgamento no sentido da admissão da peça recursal segundo disposições contidas na Lei 13.457/2009, os autos foram encaminhados à d. Representação Fiscal que, em parecer de fls. 171/180, conclui pelo não provimento da mesma.
- 5) Frente pleito por sustentação oral (fls. 165) regida pela Lei 13.457/2009, interrompo o relatório para aguardar a produção desta.

TIT - Sala de Sessões, em

24/02/2011


Rose Sobral
Relatora



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

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
6ª JULGADORA	DRTCII-254698/2010	RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	SEE OTHER COM. DE ROUPAS LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATORA	ROSE SOBRAL	AIIM	3.126.985-0	S. ORAL	SIM
EMENTA					
<p>ICMS. Falta de pagamento do imposto apurado por levantamento fiscal. Cartões de crédito e de débito.</p> <p>SO regida pela Lei 13.457/2009.</p> <p>Preliminares afastadas por não ocorridas.</p> <p>Mérito. Recurso Ordinário conhecido e não provido. Procedimento do Fisco baseado no artigo 509 do RICMS/00, no inciso X do artigo 75 da Lei 6.374/89 e na Portaria CAT 87/06. Não há inconstitucionalidade ou ilegalidade na apresentação ao Fisco de demonstrativos financeiros por instituições que administram cartões de débito e crédito. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste E.TIT. Juntada por amostragem dos documentos de instrução conforme permissivo contido no artigo 22 da Lei 6.374/89. Cópia da mídia CD contendo integralidade dos arquivos entregue ao autuado. Capitulação da infração correta, guardando relação com os fatos apurados. Infração demonstrada pelo fisco. Contribuinte não contestou informações prestadas pelas administradoras de cartões, apesar de notificado para tal fim, nem tampouco apresentou qualquer contraprova nas diversas fases do presente processo administrativo. Questões de direito suscitadas insuficientes para ilidir trabalho fiscal.</p>					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
- Artigos 58 e 87 do RICMS/00, aprovado pelo Decreto 45.490/00.			- Artigo 527, inciso I, alínea "a" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.		

COMPLEMENTO DO RELATÓRIO

- 6) Superada a fase de sustentação oral regida pela Lei 13.457/2009, passo ao voto.

VOTO

- 7) Os autos tratam de falta de pagamento do ICMS, nos exercícios de 2006 a 2008, apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, conforme demonstrativos constantes dos autos e com base em informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito/débito.
- 8) A prática infracional foi explicitada pelo AFR autuante no Relatório Circunstanciado, restando demonstrada através dos documentos de fls. 07/78, representados por



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA

PROCESSO Nº

RECURSO

6ª JULGADORA

DRTCII-254698/2010

RECURSO ORDINÁRIO

notificação, Anexos I-C, II-A, III-A, V-A, VI, recibo de entrega de documentos, arquivo digital e relação individualizada das operações com cartões, juntadas por amostragem, tendo como fonte arquivo digital.

- 9) Da análise dos documentos acostados, verifica-se que o recorrente foi cientificado de que esta Sefaz possuía os valores mensais das operações com cartões de crédito/débito realizadas nos exercícios de 2006 a 2008, conforme Anexos, informados pelas empresas administradoras destes. Neste passo, foi notificado: a) a demonstrar e comprovar operações sujeitas ao ISS ou canceladas, saídas realizadas em mês posterior ao do pagamento e vendas efetuadas por estabelecimento em outro Estado, b) apresentar LRE, LRS, LRAICMS e GIAs e c) declarar valor mensal das vendas cujos valores foram recebidos por outros meios de pagamento que não cartões.
- 10) Nada apresentou em resposta, o que afastou a necessidade de qualquer ajuste a ser feito no movimento das operações de cartões informado pelas empresas administradoras.
- 11) Neste passo, correto o trabalho fiscal, pois, do confronto entre os valores das vendas declaradas pelo estabelecimento e dos valores informados pelas empresas administradoras de cartões de débito/crédito, o fisco apurou, nos termos do artigo 509 do RICMS/00, falta de pagamento do imposto no montante indicado na inicial.
- 12) Passando ao apelo, afasto as preliminares suscitadas pelas razões a seguir expostas.
- 13) A uma, a decisão de primeira instância administrativa não é nula. Como se vê de fls. 68/80, o i. julgador singular considerou os pontos relevantes para o deslinde da questão em debate, motivando devidamente a manutenção da acusação vertida no auto de infração. Em consequência, foi dada a devida prestação jurisdicional.
- 14) A duas, improcedentes as alegadas inconstitucionalidade e ilegalidade do procedimento fiscal e das normas veiculadas na inicial decorrentes de afronta ao sigilo de informações/dados das instituições financeiras, aqui representadas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de débito.
- 15) A ação fiscal está legitimada em previsões contidas na Lei 6.374/89, na Portaria CAT 87/2006 e no Protocolo ECF 04/2001, normativos válidos, vigentes e eficazes, sendo que eventuais discordâncias quanto a suas legalidades ou constitucionalidades devem ser arguidas em sede do Poder Judiciário.
- 16) Obedeceu ao disposto no artigo 509 do RICMS/00, citado abaixo, equivalente ao artigo 74 da Lei 6.374/89, que prevê que o movimento real tributável dos contribuintes do imposto poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal com a



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCII-254698/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

utilização de qualquer meio indiciário para a apuração do montante devido:

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)

Artigo 509 - O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos, do lucro do estabelecimento e de outros elementos informativos (Lei 6.374/89, art. 74).

§ 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.

§ 2º - O levantamento fiscal poderá ser renovado sempre que forem apurados dados não levados em conta quando de sua elaboração.

§ 3º - A diferença apurada por meio de levantamento fiscal será considerada como decorrente de operação ou prestação tributada.

§ 4º - O imposto devido sobre a diferença apurada em levantamento fiscal deverá ser calculado mediante aplicação da alíquota prevista no inciso I do artigo 52, salvo se o contribuinte tiver praticado qualquer operação ou prestação de serviços sujeita a alíquota maior, no período de levantamento, hipótese em que deverá ser considerada esta alíquota, independentemente do regime de tributação a que estiver sujeita a mercadoria. (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 55.437, de 17-02-2010; DOE 18-02-2010; Efeitos a partir de 23-12-2009)

§ 4º - O imposto devido sobre a diferença apurada em levantamento fiscal será calculado mediante aplicação da maior alíquota vigente no período a que se referir o levantamento.

17) O "caput" do citado dispositivo legal preconiza que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas e dos estoques, entre outros elementos informativos. No caso em tela, os elementos informativos utilizados foram as declarações prestadas pelo autuado à fiscalização através de Gias e Relatórios de Saídas do Simples Paulista, bem como a declaração dos valores de vendas com a utilização de cartões fornecidas pelas empresas administradoras, a qual não foi contestada pelo autuado, apesar de devidamente notificado para tal fim.

18) Ainda, o trabalho fiscal em julgamento envolve de espécie do gênero levantamento fiscal no qual foi constatada divergência substancial entre os valores declarados e os efetivamente recebidos, seguindo Ficha de Conclusão própria, especialmente adaptada para o levantamento da diferença na Operação Cartão Vermelho, representada pelo Anexo V-A, que traz o demonstrativo das diferenças encontradas em cada mês do período da acusação, tendo como suporte os Anexos I-A a Anexo VII. Portanto, os documentos e demonstrativos acostados aos autos comprovam



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCII-254698/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

com segurança a natureza da infração, que não foi desconstituída pelo autuado.

19) Além do artigo 509 do RICMS/00, o trabalho fiscal tem respaldo no inciso X do artigo 75 da Lei 6.374/89, citado a seguir, que foi regulamentado pelo artigo 494 do RICMS/00:

Artigo 75 - Não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exhibir os impressos, os documentos, os livros, os programas e os arquivos magnéticos relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo fisco:

...
X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto; (Acrescentados os incisos "X" e "XI" pelo inciso II do artigo 2º da Lei 12.294/06 de 06-03-2006; DOE 07-03-2006; efeitos a partir de 07-03-2006)

...
§ 1º - A obrigação prevista neste artigo, ressalvada a exigência de prévia autorização judicial, não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

20) Nesse passo, foi editada a Portaria CAT-87, de 18/10/2006, que disciplinou a entrega de arquivo magnético à Secretaria da Fazenda por empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto localizado no Estado de São Paulo, objetivando a obtenção da movimentação relativa a compras efetuadas com cartões de crédito e débito, um dos meios indiciários para a apuração do movimento real tributável:

PORTARIA CAT-87, de 18-10-2005 (DOE de 19-10-2006; Republic. DOE 20-10-2006)

Disciplina a entrega de arquivo eletrônico pela empresa administradora de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações realizadas por contribuinte.

O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista o disposto no inciso X do artigo 494 do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000, expede a seguinte portaria:

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 regravável.

§ 1º - As informações deverão ser fornecidas por número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ.

§ 2º - o arquivo eletrônico deverá ser:

- 1 - elaborado de acordo com o "Manual de Orientação", anexo ao Protocolo ECF-04/01, de 24 de setembro de 2001;*
- 2 - validado pelo programa validador TEF, disponível no endereço eletrônico <http://pfe.fazenda.sp.gov.br> ;*
- 3 - ser entregue na Diretoria Executiva da Administração Tributária - DEAT, situada à Av. Rangel Pestana, 300 - 10º andar - Centro - São Paulo - SP.*

Artigo 2º - a Diretoria Executiva da Administração Tributária - DEAT, mediante notificação, poderá:



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

CAMARA

PROCESSO Nº

RECURSO

6ª JULGADORA

DRTCII-254698/2010

RECURSO ORDINÁRIO

I - dispensar o fornecimento de informações, desde que o total das operações de crédito ou de débito realizadas no mês pelo estabelecimento seja igual ou inferior a R\$ 1.000,00;

II - exigir o fornecimento de informações relativas a operações realizadas anteriormente ao exercício de 2006.

Artigo 3º - a empresa administradora de cartões de crédito ou débito, observado o disposto no artigo 1º, entregará à Secretaria da Fazenda, até o dia 20 de novembro de 2006, as informações relativas a operações de crédito ou de débito realizadas no período de 1º de janeiro a 31 de outubro de 2006, pelos estabelecimentos de contribuintes.

Artigo 4º - Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogada a Portaria CAT-80, de 17 de outubro de 2001.

(Publicado novamente por ter saído com incorreção.)

- 21) Ainda, o Protocolo ECF 04/2001 igualmente respalda a ação fiscal desenvolvida ao dispor sobre o fornecimento de informações aos fiscos federal e estadual, nos termos do Convênio ECF 01/01, pelas administradoras de cartões de crédito relativamente a operações realizadas com estabelecimentos de contribuintes do ICMS, fixando prazo, local e informações a serem entregues.
- 22) Por outro lado, não se há de acolher o argumento de que haveria ilegalidade no ato de obtenção, por parte da Autoridade Administrativa, dos dados relativos às operações realizadas com cartões de crédito e débito em função de quebra de sigilo fiscal.
- 23) A posição defendida pelo recorrente está equivocada porque a entrega das informações pelas administradoras de cartões de crédito e débito não constitui quebra de sigilo e, portanto, não necessitam de procedimento administrativo prévio ou de qualquer procedimento específico instaurado.
- 24) Por força do disposto no inciso X do artigo 75 da Lei 6.374/89, no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT 87/2006, as empresas administradoras são obrigadas a fornecer ao fisco paulista mensalmente os arquivos descritos no Protocolo ECF 04/2001, que contém dados das operações realizadas por contribuintes paulistas com pagamento efetuado através de cartões.
- 25) Neste contexto, não são aplicáveis ao tema as exigências de indispensabilidade e de instauração preliminar de processo administrativo ou de procedimento de fiscalização em curso, a que se refere à LC 105/2001. Tais requisitos somente se aplicam à hipótese de requisição formal de informações a instituições financeiras, parametrizadas no Estado de São Paulo pelo Decreto 54.240/2009 e pela Portaria CAT 12/2010.
- 26) Descabe equiparar a requisição de informações a instituições financeiras, em casos pontuais e específicos, com a obrigatoriedade imposta às administradoras de cartões de fornecer informações, sem vinculação específica a um contribuinte,



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCII-254698/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

relativas às operações com mercadorias ou serviços com pagamento por meio de cartões de crédito ou débito. O fisco, no caso em tela, não requisitou qualquer informação às administradoras de cartões; recebeu as informações que as administradoras são obrigadas a lhe fornecer segundo dispositivos da legislação que abarca o assunto.

- 27) Ainda, o Convênio ECF/98, em sua cláusula quarta, trouxe a obrigatoriedade de uso de ECF para estabelecimentos que exercessem a atividade de venda a não contribuinte, determinando, ainda, que, em caso de vendas via cartão, o comprovante de pagamento deveria ser emitido via ECF e deveria estar vinculado ao documento fiscal da respectiva operação.
- 28) Já, o Convênio ECF 01/01, em substituição à cláusula quarta do convênio anterior, facultou a emissão do comprovante de pagamento via ECF desde que o contribuinte optasse, uma única vez, por autorizar as administradoras de cartões a fornecerem ao fisco o faturamento do estabelecimento usuário do ECF.
- 29) Neste passo, as informações provenientes de administradoras de cartões não foram requisitadas pela fiscalização e, em conseqüência, não podem ser consideradas como sigilosas; servem apenas para que o fisco possa confirmar/verificar as operações que as administradoras de cartões são obrigadas a enviar a esta Sefaz e cujo envio foi previamente autorizado, consoante o Convênio ECF 01/01.
- 30) A três, não há que se falar em inexistência de prova e, em conseqüência, nulidade do auto de infração na medida em que sua lavratura seguiu o preconizado no artigo 142 do CTN.
- 31) Identificada a prática de infração à legislação tributária, o crédito tributário dela decorrente foi regularmente calculado e constituído pelo AFR autor do feito, agente competente para lavrar o presente o presente AIIM, nos termos do disposto no artigo 490 do RICMS/00.
- 32) A acusação fiscal perpetrada pela ora recorrente, sujeito passivo da obrigação, encontra-se descrita de forma clara, tendo sido devidamente demonstrada por meio de uma série de documentos que instruem o AIIM, representados por demonstrativos identificando e individualizando cada período de apuração, notificações, arquivo digital, entre outros, tendo o recorrente recebido a integralidade da documentação de instrução. Com relação ao fato de ter sido juntado o relatório especificando somente o primeiro mês do ano das operações questionadas, a juntada de documentos de instrução por amostragem, feita em função da elevadíssima quantidade de folhas para transportar, é possível frente ao permissivo do artigo 22 da Lei 13.457/2009. Ainda, como prova do movimento dos cartões, foi juntada mídia CD, contendo os arquivos eletrônicos entregues pelas administradoras, devidamente certificada e com assinatura digital, tendo sido



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCII-254698/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

entregue ao contribuinte uma cópia idêntica, tudo feito de acordo com o artigo 21 do mesmo diploma legal.

- 33) Também, corretamente capituladas a infração e a multa decorrentes da acusação fiscal, no esteio de previsões legais existentes, ressaltando-se que os dispositivos legais do RICMS/00, referidos no AIIM, estão ancorados em disposições contidas da Lei 6374/89, que dispõe sobre a instituição do ICMS.
- 34) No que tange ao mérito, as questões de direito levantadas na peça recursal igualmente não socorrem o recorrente.
- 35) Ao contrário do afirmado, o trabalho fiscal está suportado em provas robustas da acusação, com cálculos efetuados de forma clara e didática, constante tanto em inúmeros demonstrativos, quanto no DDF, que é de simples leitura e entendimento por conter colunas detalhando as datas dos eventos, os valores originais e/ou atualizados e/ou o percentual aplicável do imposto, juros e multa devidos.
- 36) Ainda, contrariamente ao alegado, foram observadas as disposições contidas no artigo 509 do RICMS/00, que exige que sejam incluídos todos os valores que compõem o movimento real tributável. O trabalho fiscal, de um lado, foi baseado em valores obtidos junto às administradoras de cartões de crédito e de débito e em valores declarados pelo recorrente, únicos disponíveis ao fisco e que gozam de presunção de veracidade na medida em que o recorrente nada apresentou como contraprova para desconstituir o trabalho fiscal. Portanto, correto o trabalho fiscal, formulado nos termos do artigo 142 do CTN e sobre o qual não paira qualquer dúvida, contexto no qual não há qualquer razão para a aplicação do artigo 112 do CTN.
- 37) Sobre a penalidade, a mesma foi corretamente capitulada no tipo infracional mencionado no AIIM, que tem previsão legal no artigo 85 da Lei 6.374/89, reproduzido no artigo 527 do RICMS/00, sendo seu percentual fixado de acordo com a gravidade da infração, contexto no qual não há que se falar em ofensa a qualquer princípio constitucional, quer da proporcionalidade, da razoabilidade ou do não confisco, destacando-se que este último é aplicável somente a tributos. Finalmente, incabível qualquer redução ou relevação, à luz do preconizado no artigo 527-A do RICMS/00, na medida em que a questão debatida envolve pagamento do imposto.
- 38) Finalmente, os juros foram calculados segundo as disposições contidas no artigo 565 do RICMS/00, que regulamenta o artigo 96 da Lei 6.374/89, sendo que sobre a Taxa Selic, a questão não merece maiores considerações por ter sido objeto de inúmeras decisões deste E.TIT levando à súmula de entendimento predominante, ou seja, Súmula 8: *É legítima a aplicação aos débitos fiscais estaduais da taxa de juros de mora equivalente ao mês, a Taxa Referencial do Sistema de Liquidação e*



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCII-254698/2010

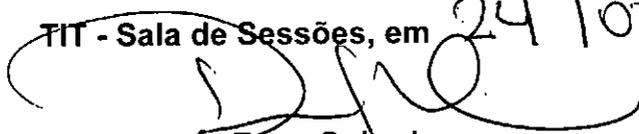
RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Custódia – SELIC, conforme previsão legal.

39) Assim e por tais fundamentos, afastando as preliminares suscitadas, no mérito, conheço e nego provimento ao Recurso Ordinário.

TIT - Sala de Sessões, em

24/02/2011


Rose Sobral
Relatora

A pedido dou vista ao processo a(o) SR.(a)

EDUARVAL FERRO BARROS

pelo prazo de 15 dias (art. 028 do R.I.)

ficando adiado o julgamento.

SALA DAS SESSOES, em 24 / 02 / 2011

[Assinatura]
Vice-Presidente



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

CÂMARA
SEXTA

PROCESSO Nº
DRTC II- 254698/10

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE: SEE OTHER COM ROUPAS LTDA

RELATOR: DRA ROSE SOBRAL

VOTO EM PEDIDO DE VISTA

[Juiz Durval Ferro Barros]

1. Pedi vista dos autos para manifestar-me a respeito do assunto, que vem se apresentando com freqüência nesta C. Corte de Justiça Administrativa.
2. Versam os autos a conhecida acusação de falta do pagamento do imposto apurada com base em dados fornecidos pelas administradoras de cartões de débito e crédito, a pretexto de "levantamento fiscal" haurido a partir desses dados em comparação àqueles declarados pelo contribuinte.
3. Adoto sem mais acréscimos o bem elaborado relatório da Dra. Rose Sobral, destacando, dele, o trecho que menciona a alegação do contribuinte no tocante à nulidade do procedimento por descumprimento à CF/88 e à LC 105/01, tendo em vista inexistência de prévio processo administrativo ou procedimento fiscal em curso para autorizar o requerimento das informações; acresço, para mais, que não foram entregues ao particular todos os documentos de instrução do processo, juntando o Fisco a amostragem das operações com cartões de débito/crédito e mídia, contendo arquivo digital, tudo conforme consta do próprio

lançamento.

4. Encerro o relatório e passo ao

VOTO

5. Vou acolher a preliminar de nulidade levantada pela parte recorrente, porque entendo que o procedimento manejado pelo Fisco desatende o que determina a LC 105/01, do que advém ferimento à CF/88, posto que não se observou a precedência do procedimento ou processo administrativo fiscal para autorizar a requisição das informações às administradoras.
6. Nos termos da Lei 12.294/06, as administradoras de cartões têm o dever de informar as operações ou prestações de serviços realizadas por contribuintes do imposto; veja-se o teor do inciso X, do art. 75 da Lei 6374/89, na redação atual.
7. Penso, porém, que isto é diferente da regra contida na LC 105/01 e no Decreto 54.240/09 e, ainda, dos dispositivos da Portaria CAT 12/10.
8. A LC 105/01, art. 6º, contempla hipótese que, em virtude de fiscalização em curso ou processo administrativo instaurado, se mostre útil ou necessário o acesso a dados de instituições financeiras. O que se pode verificar, assim, é que esse dispositivo tem em conta *necessidade superveniente, advinda do procedimento fiscal* já em curso.
9. Parece-me que isso é igualmente válido, em termos interpretativos, para as disposições contidas no Decreto 54.420/09 e Portaria CAT 12/2010.
10. As regras veiculadas pela Lei 6374/89, na forma como 

disciplinaram a obrigatoriedade do fornecimento de dados por parte das administradoras de cartões de crédito ao Fisco, seriam, então, desconformes com as disposições da LC 105/01? Este é o tema.

11. As regras veiculadas pela Lei 6374/89, na forma como disciplinaram a obrigatoriedade do fornecimento de dados por parte das administradoras de cartões de crédito estão claramente em confronto com a regra da LC 105/01, configurando verdadeira burla a diploma hierarquicamente a ela, lei estadual, superior.
12. Desde logo, consigno não desconhecer a regra do art. 28 da Lei 13.457/2009; mas, nesse caso, não se há falar em inaplicação dispositivo a pretexto de inconstitucionalidade; cuidado, em verdade, de ilegalidade dos comandos contidos na Lei 6374/89, na redação atual. Penso que nessa hipótese, pode o julgador apreciar a questão sem quebra das regras procedimentais ou processuais, como se queira denominar aquelas que regem os feitos nesta Corte.
13. A relevância desse raciocínio está no fato de que, muito embora exista no ordenamento regra que obrigue a administradora de cartões de crédito a informar as operações dos contribuintes do ICMS ao Fisco, tais dados não servem como prova juridicamente admissível, porque sua obtenção se dá com esteio em regra ilegal; logo, ilegais as provas que sustentaram a ação do Fisco, na medida em que hauridas ao arrepio das normas contidas na LC 105/01. Acertada a decisão recorrida ao assim reconhecer e declarar como tal as provas utilizadas para o lançamento. Equivocado o dispositivo, porém, no sentido de dar pela improcedência do lançamento, predicado que bem caberia caso analisado o mérito da questão; melhor me parece, tecnicamente, reconhecer a insubsistência do lançamento, porque promovido com base em

provas ilegalmente obtidas.

14. Igualmente decretaria a nulidade do procedimento, porque o Fisco não fez juntar aos autos todos os documentos de instrução, limitando-se à juntada de uma mídia digital, que sequer permite ao julgador ter acesso aos supostos dados nela constantes.

Por tais razões e com a máxima vênia da Dra. Rose Sobral, a quem costumeiramente acompanho em seus judiciosos votos, dela ousou dissentir desta feita, para, conhecendo do recurso a ele dar provimento, acolhendo a preliminar de nulidade do lançamento por desatendimento à LC 105/01; Decreto 54.420/09 e Portaria CAT 12/2010. Ressalvo ao Fisco, todavia, nova ação.

Sala de Sessões da SEXTA CÂMARA, em 17/03/2011.

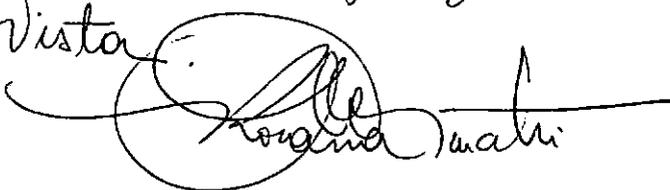
Durval Ferro Barros - Presidente

Voto em pedido de Vista

Mantenho meu voto.


ROSE SOBRAL

Com o douto juiz ~~relator~~ com
Vista.


Rosana Ugolini Penatti

A COMPANHIA A DRA. ROSE

Pasqual Totaro

PASQUAL TOTARO

reempato o pagamento no reatado
do meu voto.

Pasqual Totaro
PASQUAL TOTARO P. 2007
Presidente