



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

RECORRENTE	LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA				
RELATOR	CACILDA PEIXOTO	AIIM	3.142.829-0	S. ORAL	NÃO
EMENTA					
<p>ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. LEVANTAMENTO FISCAL. OPERAÇÕES DE VENDA COM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO FISCAL INSTAURADO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À LAVRATURA DO AIIM.</p> <p>1. Infração: Deixou de pagar o ICMS, em valor apurado por meio de levantamento fiscal; movimento real tributável apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão de crédito e/ou débito.</p> <p>2. Mérito: não se há falar de descumprimento do artigo 6º da LC 105/01, ou de descumprimento de dispositivos do Decreto nº 54.240/09 e da Portaria CAT 12/10, pois o Fisco realizou o trabalho fiscal embasado em procedimento fiscal instaurado, qual seja: o procedimento de fiscalização, pois houve notificação prévia à lavratura do AIIM, iniciando o referido procedimento e a empresa autuada não atendeu ao requisitado, deixando de prestar os esclarecimentos necessários, o que resultou na apuração das diferenças apontadas. O plano de trabalho para instauração da "Operação Cartão Vermelho" veiculado por ofício DEAT é justamente um ato administrativo que inicia o procedimento administrativo. Logo está comprovada a existência de procedimento fiscal prévio, sem qualquer irregularidade quanto às provas colhidas pelo fisco.</p> <p>3. RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO RESTABELECENDO A ACUSAÇÃO COMO POSTA NA INICIAL.</p>					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
Arts. 58, 87, 215, 223 e 253 do RICMS (Dec. 45.490/00).			art. 527, inciso I, alínea "a" c/c §§ 1º e 10 do RICMS (Decreto 45.490/00).		

RELATÓRIO

1. Trata-se de RECURSO DE OFÍCIO (fls. 263), admitido e processado nos termos do Decreto nº 54.486/2009, interposto contra a decisão de Primeira Instância (fls. 248/263), que julgou improcedente o auto de infração, lavrado por:

Item I.1 - Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 531.127,98 (quinhentos e trinta e um mil, cento e vinte e sete reais e noventa e oito centavos), nos períodos de apuração das competências de Janeiro/2006 a Novembro/2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00 (aprovado pelo



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

Decreto 45.490/00), conforme demonstrativos constantes dos Anexos I-A, I-C, II-A, III-A, V-A e VI, juntados às folhas de nº 10 ao nº 35, respectivamente. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, de acordo com disposto no inciso X do artigo 75 da Lei nº 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei nº 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT-87/06. A apuração das diferenças mensais de levantamento foi feita conforme descrito no Relatório Circunstanciado em anexo e, sobre estes valores, foi calculado o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento).

Item 1.2 - Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 12.811,39 (doze mil, oitocentos e onze reais e trinta e nove centavos), no período de apuração da competência de Dezembro/2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 e inciso VI do artigo 509-A do RICMS/00 (aprovado pelo Decreto 45.490/00), conforme demonstrativos constantes dos Anexos I-A, I-C, II-A, III-A, V-A e VI, juntados às folhas de nº 10 ao nº 35, respectivamente. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, de acordo com disposto no inciso X do artigo 75 da Lei nº 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei nº 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT-87/06. A apuração das diferenças mensais de levantamento foi feita conforme descrito no Relatório Circunstanciado em anexo e, sobre estes valores, foi calculado o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento).

2. O entendimento do I. Julgador Tributário está sintetizado na seguinte ementa:

ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIIM julgado improcedente.

3. A Representação Fiscal apresenta o seu Parecer às fls. 266/277 e pelos fundamentos que expõe pede pelo provimento do recurso, enquanto o Contribuinte, em suas contra-razões, pede pelo seu desprovimento.

4. Sendo o suficiente a se relatar, encerro o relatório.



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

VOTO

5. Como visto trata-se de infração por falta de pagamento do imposto em valor apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00 (item 1) e no artigo 509 e 509-A do RICMS/00 (item 2), sendo que o movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, de acordo com o disposto no inciso X, do artigo 75 da Lei 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT-87/2006.

6. Da decisão contrária à Fazenda, vale destacar os seguintes fundamentos invocados pelo i. Julgador Tributário, para julgar improcedente o AIIIM:

- A narrativa atinente ao relato da infração não diz, especificamente, o valor do tributo que, supostamente, deixou de pagar o contribuinte, o que, em princípio, está em dissonância com o art. 142 do CTN, pode configurar nulidade no que tange à determinação da matéria tributável e ao montante do tributo devido.
- Não foram cumpridas as determinações do Decreto 54.240/09 e da Portaria CAT 12/2010;
- A Lei Complementar 105/2001 deixou claro que as administradoras de cartões de crédito, para os fins nela previstos, são equiparadas às instituições financeiras (art. 1º) e que as operações com cartão de crédito são consideradas operações financeiras (art. 5º);
- Desde o início da vigência da Lei Complementar 105/2001, para a obtenção das informações financeiras, consistentes nas informações oriundas das operações de cartão de crédito, tornou-se obrigatório o prévio processo ou procedimento administrativo, meios explicitados quando da edição do Decreto 54.240/09;
- A autoridade autuante fundamentou a colheita de suas provas na Lei Ordinária Paulista 12.294/2006, deixando de respeitar os expressos ditames da Lei Complementar 105/2001 e Decreto 54.240/2009;
- A obtenção das informações relacionadas às operações com cartão de crédito e débito não foi precedida sequer do Ofício Circular DEAT nº 40/2009. Somente após a posse dos dados é que o contribuinte foi notificado (fls. 10).

7. Com a devida vênia do i. Julgador Tributário, entendo que não lhe assiste razão, e sim à Representação Fiscal, que apresenta em seu Parecer de fls. 266 a 277 sólidos fundamentos, nos quais se baseia para pleitear o provimento do recurso de ofício.



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

8. O recurso de ofício é de ser provido, pelas razões apresentadas a seguir.

9. Inicialmente, o entendimento do Julgador de que a narrativa atinente ao relato da infração não diz o valor do tributo que o contribuinte supostamente deixou de pagar, avaliando tal fato como em dissonância com o art. 142 do CTN, o que poderia causar a nulidade do AIIM, não é de prosperar.

9.1 A uma porque não há na legislação a obrigatoriedade do valor do tributo vir especificamente no campo "RELATO DA INFRAÇÃO". O valor do tributo devido deve **CONSTAR NO AIIM**, de acordo com o art. 34 da Lei 13.457/2009:

*"Artigo 34 - O auto de infração conterá, obrigatoriamente:
 IV - a determinação da matéria tributável e o cálculo do montante do tributo devido e da penalidade cabível;"*

9.2 A duas porque os valores de tributo que deixaram de ser pagos efetivamente constaram nos campos "**RELATO DA INFRAÇÃO**" e "**CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUIDO POR ESTE AUTO CONFORME DEMONSTRATIVO DO DÉBITO FISCAL ANEXO - DDF**", fls. 02/03.

9.2.1 Confira-se, para tanto, o início do relato das infrações:

Item 1.1. **Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 531.127,98 (quinhentos e trinta e um mil, cento e vinte e sete reais e noventa e oito centavos)**, nos períodos de apuração das competências de Janeiro/2006 a Novembro/2009 (...).

Item 1.2 - **Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 12.811,39 (doze mil, oitocentos e onze reais e trinta e nove centavos)**, no período de apuração da competência de Dezembro/2009, (...).

9.3 Além disso, no DDF de fls. 04/06 os valores do imposto devido com os respectivos juros de mora e multa aplicados estão devidamente discriminados, relacionados mês a mês, de forma que não há como haver equívocos no entendimento do contribuinte em relação ao débito fiscal, restando cumpridas as determinações do art. 142 do CTN e da Lei nº 13.457/2009.

10. Isto posto, vale ressaltar que a questão central dos autos refere-se à constatação se houve procedimento administrativo antes de iniciar os trabalhos fiscais (levantamento fiscal) e se é necessário que tal procedimento seja prévio ao recebimento das informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

11. Para o deslinde da questão, cito, a seguir, a legislação que dá respaldo à ação fiscal:



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

LEI Nº 12.294, DE 6 DE MARÇO DE 2006 (DOE 07/03/2006)

Altera a Lei 6.374 de 1º de março de 1989, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS.

Artigo 2º - Ficam acrescentados, com a redação que se segue, os dispositivos adiante indicados à Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989.

(...)

II - ao artigo 75, os incisos X e XI:

"X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto;

(...)"

LEI 6374, de 1º de março de 1989/89

Artigo 75 - Não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exibir 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.

(...)

DECRETO Nº 51.199, DE 17 DE OUTUBRO DE 2006 (DOE de 18-10-2006)

Introduz alterações no Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS

(...)

III - ao artigo 494, os incisos X e XI:

"X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto (Lei 6.374/89, art. 75, X, acrescentado pela Lei 12.294/06, art. 2º, II);

(...)

12. A lei nº 6.374/89 não impõe qualquer procedimento prévio à solicitação pelo fisco às administradoras de cartões de **informações sobre operações ou prestações realizadas por contribuinte do imposto.**

13. A Portaria CAT 87/06 disciplina a **entrega sistemática** de arquivo magnético à Secretaria da Fazenda pelas empresas administradoras de cartões de crédito ou



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto localizado no Estado de São Paulo, valendo ressaltar que a entrega dessas informações prescinde de previa autorização, posto que se trata de obrigação imposta por lei, da qual não podem as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito se eximir: "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 contribuintes do ICMS localizados neste Estado, gravadas em mídia ótica não regravável."

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:

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.



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

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.)

14. A presunção de que as diferenças encontradas referem-se a saídas de mercadorias tributadas é legal e está expressa no § 3º do artigo 74 da Lei 6.374/89 (correspondente § 3º do artigo 509 do RICMS/00). Assim, constatada a diferença apurada por meio do levantamento fiscal, nos termos do mesmo § 3º do art. 74, Lei 6.374/89, essas são presumidas como decorrentes de operações tributadas:

"Artigo 74 - 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. (Redação dada ao "caput" do artigo pela Lei 13.918, de 22-12-2009; DOE 23-12-2009)

(...)

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

15. E, especificamente às operações e prestações de serviços realizadas com cartões de crédito ou débito dispõe o inciso VI do artigo 74-A do RICMS (acrescentado pela Lei 13.918, de 22-12-2009; DOE 23-12-2009) que presume-se a ocorrência de omissão de operações e prestações de serviços tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto, na hipótese de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito:

"Artigo 74-A - Presume-se a ocorrência de omissão de operações e prestações de serviços tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto, nas seguintes hipóteses: (Artigo acrescentado pela Lei 13.918, de 22-12-2009; DOE 23-12-2009)

(...)

VI - declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito"

16. Como se vê toda a sistemática da prestação de informações, da apuração de diferenças, bem como do procedimento fiscal está amparado em dispositivos de lei.

17. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas à Secretaria da Fazenda pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de débito, de acordo com disposto no inciso X do artigo 75 da Lei nº 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei nº 12.294/06), regulamentado pelo artigo 494 do



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

RICMS/00.

19. Por seu turno, dispõe o artigo 72 da Lei nº 6.374/89:

"Art. 72 – A administração tributária tem por atribuição fazer cumprir a legislação relativa aos tributos de competência estadual, devendo adotar, na sua consecução, procedimento que estimulem o atendimento voluntário da obrigação legal, reduzam a inadimplência e reprimam a sonegação, tais como a educação fiscal, a orientação de contribuintes, a divulgação da legislação tributária, a fiscalização e a aplicação de penalidades. (red. Lei 13.918/09 efeitos a partir de 23.12.09)"

20. Temos, então em síntese que: a Lei 6374/89 em seu Art. 72 impõe ao fisco o **dever de adotar** procedimentos para o **cumprimento da legislação** vigente para **estimular o cumprimento voluntário** da obrigação tributária e **reprimir a sonegação**. O Art. 75 determina que as **empresas administradoras de cartões de crédito ou débito não podem embaraçar a ação**, **devendo prestar informações ao fisco**, sendo específica a norma do Art. 74-A quanto à **presunção relativa de omissão de operações** nos casos em que se constate diferença entre o valor de vendas declarado pelo contribuinte e o informado pelas administradoras de cartão de crédito ou débito.

21. Por sua vez, O **CONVÊNIO ECF 01/98**, celebrado entre a União, os Estados e o Distrito federal, estabeleceu que a **emissão de comprovante de pagamento através de cartão de crédito** ou débito **somente poderia ser feito através do E.C.F.** O **CONVÊNIO ECF 01/2010**, conforme cláusula primeira, **em substituição** à cláusula de **obrigatoriedade** de utilizarem a emissão de **comprovante de pagamento através de cartão** de crédito ou débito, **juntamente** com a emissão de **E.C.F.**, sua cláusula segunda veio facultar ao contribuinte a possibilidade de optar pela emissão desvinculada, desde que **autorizasse a administradora de cartão a fornecer ao fisco informações** sobre sua movimentação. Já o **PROTOCOLO ECF 04/01**, visando **uniformização de procedimentos** relacionados com o fornecimento e informações pelas administradoras de cartão decidiram que as **administradoras de cartões entregarão até o final do mês seguinte de ocorrência os arquivos eletrônicos** contendo informações de transações através do cartão ao fisco.

CONVENIO ECF 01/98 de 25 de fevereiro de 1998

Dispõe sobre a obrigatoriedade de uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) por estabelecimento que promova venda a varejo e prestador de serviço e dá outras providências.

A União, representada pela Secretaria da Receita Federal, os Estados e o Distrito Federal, representados pelos respectivos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação, por ocasião da 36ª reunião extraordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Manaus, AM, no dia 18 de fevereiro de 1998, tendo em vista o disposto no art. 63 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, resolvem celebrar o seguinte **CONVÊNIO**:

Cláusula primeira – Os **estabelecimentos que exerçam a atividade de venda ou revenda**



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

de mercadorias ou bens, ou de prestação de serviços em que o adquirente ou tomador seja pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto estadual, estão obrigados ao uso de equipamento emissor de Cupom Fiscal – ECF.

(...)

Cláusula quarta – A partir do uso de ECF pelas empresas a que se refere a cláusula primeira, a emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado com cartão de crédito ou débito automático em conta corrente somente poderá ser feito por meio de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, conforme disposto na legislação pertinente.

PROTOCOLO ECF 04 de 25 de setembro de 2001

Dispõe sobre o fornecimento de informações, prestadas por administradoras de cartão de crédito e, ou, de débito, nos termos do Convênio ECF 01/01, sobre as operações realizadas com estabelecimentos de contribuintes do ICMS.

Os Estados e o Distrito Federal, signatários deste ato, representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação e Gerentes de Receita, tendo em vista o disposto no Convênio ECF 01/01, de 06 de julho de 2001, e a necessidade de uniformização de procedimentos relacionados com o fornecimento, por administradora de cartão de crédito e, ou, de débito, de informações sobre as operações realizadas com estabelecimentos de contribuintes de ICMS, resolvem celebrar o seguinte PROTOCOLO:

(...)

Cláusula segunda – As administradoras ou operadoras de cartão de crédito, ou de débito, ou similar entregarão até o final do mês seguinte de ocorrência, nos locais ou nos endereços eletrônicos indicados pelas unidades da Federação signatárias deste acordo, os arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito, de débito, ou similares, com ou sem transferência eletrônica de fundos realizada no mês anterior, de acordo com o “Manual de Orientação” anexo a este Protocolo.

CONVENIO ECF 01, de 26 de março de 2010

Dispõe sobre informações relativas às transações de pagamento realizado por meio de cartão de crédito ou débito e autoriza a concessão de crédito outorgado.

O Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ e o Secretário da Receita Federal do Brasil, na 137ª reunião anual do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Boa Vista, RR, no dia 26 de março de 2010, tendo em vista o disposto no art. 63 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte **CONVÊNIO**

Cláusula primeira – O contribuinte usuário de ECF em substituição à exigência prevista na cláusula quarta do Convênio ECF 01/98, de 18 de fevereiro de 1998, poderá optar, uma única vez, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito, a fornecer as informações relativas às transações de pagamento efetuado com o respectivo cartão, às Secretarias da Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estado, do Distrito Federal e à Secretaria da Receita Federal, na forma, nos prazos e relativamente aos períodos determinados pela legislação de cada unidade federada.



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

Cláusula segunda – As administradoras de cartão de crédito ou débito fornecerão as informações previstas na cláusula anterior, em função de cada operação ou prestação, por meio de arquivo eletrônico no formato e leiaute definido no Protocolo ECF 04/01, de 24 de setembro de 2001, celebrado pelas unidades federadas.

Cláusula terceira – O disposto nas cláusulas primeira e segunda, não se aplica à unidade federada que estabeleça, em legislação estadual, a obrigação das empresas administradoras de cartão de crédito ou débito de fornecer informações relativas às transações de pagamento efetuado com o respectivo cartão, hipótese em que serão observadas as disposições estabelecidas na legislação da unidade federada quanto:

- I – a forma, aos prazos, aos períodos e ao conteúdo das informações a serem prestadas;
- II – às condições e exigências para o uso de equipamento que imprima o comprovante de pagamento ou não atenda à exigência estabelecida na cláusula quarta do Convênio ECF 01/98, observado o disposto em seu § 3º;
- III – a outras exigências estabelecidas pela unidade federada.

22. Assim, pelo Convenio entre os Estados, o contribuinte deve emitir o comprovante de pagamento com cartão no equipamento que emite o ECF e, ao optar pela emissão do comprovante de pagamento separado do equipamento de E.C.F. fica autorizada a administradora do cartão a fornecer ao fisco informações sobre sua movimentação. Por sua vez, a administradora não pode embaraçar a ação do Fisco, tendo de cumprir o dever instrumental de informar ao fisco a movimentação efetuada pelo contribuinte através do cartão de crédito ou débito, nas datas e formas previstas.

23. Não houve descumprimento do disposto no artigo 6º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, porque este se refere ao exame de depósito e aplicações financeiras, o que não é o caso do exame de informações fornecidas à Secretaria da Fazenda pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de débito, de acordo com o disposto no inciso X do artigo 75 da Lei nº 6.374/89.

24. Na verdade, os dados obtidos pelo Fisco Estadual não dizem respeito a informações bancárias (depósito e aplicações financeiras), mas sim informações financeiras do contribuinte relativas às suas transações comerciais, de forma globalizada. Os dados fornecidos pelas operadoras de cartões de crédito ou débito se referem a montantes globais, ou seja, ao total de ingressos financeiros provenientes de cartões de crédito ou débito. A Fazenda Pública não detém qualquer informação que permite identificar a origem do montante ou a natureza dos gastos a partir dele efetuados.

25. Tampouco se há falar em necessidade de prévia autorização do Poder Judiciário, para a obtenção das referidas informações.

26. Nesse sentido, vale trazer à colação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconhecendo a possibilidade



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

de a autoridade administrativa ter acesso aos dados financeiros do contribuinte quando houver **procedimento fiscal em curso, sem a necessidade de prévia autorização do Poder Judiciário**, conforme segue:

TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001.

UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. POSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. SÚMULA N. 83 DO STJ.

1. A teor do art. 6º da LC n. 105/01, a autoridade fazendária pode ter acesso às informações bancárias do contribuinte quando houver procedimento administrativo-fiscal em curso, sem o crivo do judiciário.

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" – Súmula n. 83 do STJ.

3. Recurso especial não-conhecido. (g.n.)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. PREVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE.

1. As informações sobre o patrimônio das pessoas não se inserem nas hipóteses previstas pelo artigo 5º, inciso X, da CF/88, porquanto o patrimônio não se confunde com a intimidade, a vida privada a honra e a imagem.

2. Ainda que se pudesse entender que o artigo 8º da Lei 8.021/90 tenha extrapolado o limite estabelecido pela LCP – 4.595/64, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 196, inciso II, estabelece que os bancos são obrigados a emprestar a autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros. Desnecessária, assim, a prévia autorização judicial.

3. Remessa oficial provida. (TRF 4º Região – Rem. ex ofício 97.04.20361-6-RS – DJ, Seção 2, 02.07.99, p. 535 - Rel. Juiz Fernando Quadres da Silva) .

MEDIDA CAUTELAR Nº 7.513 - SP (2003/0223357-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

REQUERENTE : FLÁVIO DE ANDRADE ALVES

ADVOGADO : RENATO GONÇALVES DA SILVA

REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : CINARA RIBEIRO SILVA KICHEL E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial é de "excepcionalidade absoluta" (AGRPET 1859, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28.04.00), dependente de: a) instauração da jurisdição cautelar do STJ; b) viabilidade recursal, pelo atendimento de pressupostos recursais específicos e genéricos, e não incidência de óbices sumulares e regimentais; e c) plausibilidade da pretensão recursal formulada contra eventual error in judicando ou error in procedendo.

2. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

3. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

4. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

5. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "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."

6. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

7. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

8. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

9. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

10. Medida Cautelar improcedente.

Fonte: Documento: 488680 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - Superior Tribunal de Justiça - DJ: 30/08/2004 (g.n.)

27. Importante também é de se ter em conta as seguintes disposições do artigo 5º da Lei Complementar 105/01:

"Art. 5º - O poder executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços."

§ 1º Consideram-se **operações financeiras**, para os efeitos deste artigo:

(...)

III - emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

(...)

XIII - operações com cartão de crédito;

(...); e

XV - quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

órgão competente.

§ 2º - As informações transferidas na forma do caput deste artigo **restringir-se-ão** a informes relacionados com a **identificação dos titulares** das operações e **os montantes globais mensalmente movimentados**, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

(...)

§ 4º - Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a **autoridade interessada poderá requisitar** as **informações** e os **documentos** de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º - As informações a que refere este artigo **serão conservadas sob sigilo fiscal**, na forma da legislação em vigor." (g.n.)

28. O dispositivo legal acima citado autoriza a obtenção pelas autoridades fiscalizadoras de informações junto às administradoras de cartão de crédito/débito, o que confirma a desnecessidade de qualquer decisão judicial para autorização de acesso a essas informações fiscais. Nesse contexto, a Lei Complementar 105/01 deixa claro que **não constitui violação ao dever de sigilo** a prestação de informações pelas operadoras de cartão de crédito ao fisco sem a necessidade de autorização judicial.

29. No caso específico destes autos, tendo em vista as afirmações do i. Julgador Tributário, é de se ressaltar também - na esteira das razões apresentadas pela Representação Fiscal - que: 1) "não há violação ao direito constitucional da privacidade. As operadoras de cartão estão informando apenas o faturamento de contribuintes do ICMS, e, verificadas possíveis divergências com as informações prestadas por eles mesmos ao fisco, são emitidas notificações para que sejam esclarecidas as diferenças."; 2) "Nessa esteira, não se podem invocar direitos individuais sagrados na Constituição Federal apenas para impedir o direito-dever do Estado de fiscalizar seus administrados e muito menos para proteger aqueles que podem estar lesando o Erário Paulista ocultando receitas que deveriam ser oferecidas à tributação. É fundamental que se leve em consideração quais informações se quer proteger."

30. Quanto à questão da prestação de informação pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito ao Fisco, impende agora transcrever alguns dispositivos do Decreto nº 54.420/2009 e da Portaria CAT 12/10, a fim de se demonstrar que não houve também ofensa a essas regras:

DO DECRETO Nº 54.240 de 14.04.2009

Art. 1º - Este Decreto regulamenta a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

Fazenda, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços de instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, nos termos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, bem como estabelece os procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas.

Art. 2º - A requisição de informações de que trata o artigo 1º somente poderá ser emitida pela Secretaria da Fazenda quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.

§1º - Considera-se iniciado o procedimento de fiscalização a partir da emissão de Ordem de Fiscalização, de notificação ou de ato administrativo que autorize a fiscalização a execução de qualquer procedimento fiscal, conforme previsto no artigo 9º da Lei Complementar Estadual 939, de 3 de abril de 2003.

§2º - A Secretaria da Fazenda poderá requisitar informações relativas ao sujeito passivo da obrigação tributária objeto do processo administrativo tributário ou do procedimento de fiscalização em curso, bem como de seus sócios, administradores e de terceiros ainda que indiretamente vinculados aos fatos ou contribuinte, desde que, em qualquer caso, as informações sejam indispensáveis.

Art. 3º - Para efeito desta lei, será considerada como indispensável a requisição de informações de que trata o artigo 1º nas seguintes situações:

I - fundada suspeita de ocultação ou simulação de fato gerador de tributos estaduais;

(...)

VI - indicio de omissão de receita, rendimento ou recebimento de valores;

DA PORTARIA CAT 12, de 29.1.2010

Art. 1º - A Secretaria da Fazenda, ao requisitar o acesso e o uso de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, além do disposto no Decreto 54.240, de 14 de abril de 2009, deverá observar o disposto nesta portaria.

Art. 2º - A requisição de informações somente será proposta se presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - existência de processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso;

II - ter sido constatado hipótese de indispensabilidade prevista no artigo 3º do Decreto nº 54.240, de 14 de abril de 2009.

§ único - na hipótese de inciso I, o procedimento de fiscalização deverá ter sido instaurado a partir da emissão de Ordem de Fiscalização, de notificação ou de ato administrativo que autorize a execução de qualquer procedimento fiscal, conforme previsto no artigo 9º da Lei Complementar 939, de 3 de abril de 2003.

31. O Fisco teve o acesso e o uso de dados e informações referentes a operações realizadas pelo contribuinte mediante cartão de débito ou crédito, independentemente



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

de requisição às administradoras de cartão de débito ou crédito, porque estas já são obrigadas a encaminhar essas informações à SEFAZ, como visto acima, sem esquecer a autorização do contribuinte usuário de ECF para tal mister.

32. E vista a legislação acima citada (Decreto Nº 54.240 de 14.04.2009 e Portaria CAT 12/10), é de se concluir que não se há falar em ausência de procedimento de fiscalização instaurado, ou de descumprimento de tais dispositivos, pois o Fisco realizou o trabalho fiscal embasado em procedimento prévio, qual seja: o procedimento de fiscalização, pois houve notificação prévia à lavratura do AIIM, iniciando o referido procedimento e a empresa autuada não atendeu ao requisitado, deixando de prestar os esclarecimentos necessários, o que resultou na apuração das diferenças, como apontadas no AIIM e nos demonstrativos que o instruem.

33. Tivesse o contribuinte obedecido aos termos da legislação, tais diferenças não existiriam, entretanto não é o que se verifica no caso presente, ressaltando também que ao não atender ao solicitado na notificação, não apresentou provas que pudessem contrariar o valor apurado pelo Fisco. Vale dizer, o contribuinte teve a oportunidade de contraditar os valores informados pelas administradoras, porém, não o fez.

34. E, ainda que se entenda que a notificação prévia à lavratura do AIIM seria insuficiente para caracterizar a existência de um procedimento de fiscalização instaurado, vale lembrar que a autuação guerreada decorre de atividade fiscal executada a partir de Plano de Trabalho desenvolvido pela DEAT, denominado "OPERAÇÃO CARTÕES", com objetivo de coibir e reprimir práticas de sonegação de impostos através de vendas com cartões sem a correspondente emissão de cupom fiscal. O OFÍCIO DEAT 32/2007 delimita os roteiros e os procedimentos de fiscalização a serem adotados na fiscalização específica "Redes de Estabelecimentos".

35. Ressalte-se que o plano de trabalho para instauração da "Operação Cartão Vermelho" veiculado por ofício DEAT é justamente um ato administrativo que inicia o procedimento administrativo; logo está comprovada a existência de procedimento fiscal prévio, sem qualquer irregularidade quanto às provas colhidas pelo fisco. Ademais, importante ressaltar também que não há dispositivo legal que exija procedimento específico para a obtenção de informações junto às operadoras de cartão de crédito/débito.

36. O presente AIIM foi lavrado com base no valor referente às receitas da autuada informadas pelas Administradoras de Cartão e não declaradas pela autuada no montante correto nas Declarações contidas nas GIAs-Guias de Informação e Apuração do ICMS. A obrigação tributária foi constatada após notificação à autuada, para comprovar a natureza das operações constantes do Anexo - VALORES INFORMADOS PELAS EMPRESAS ADMINISTRADORAS (artigo 2º da Lei 12.294/2006), conforme detalhado no Relatório Circunstanciado de fls. 7 a 10, com conseqüente levantamento das diferenças apuradas, não se havendo falar em vício no procedimento fiscal.



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

37. Como aponta a Representação Fiscal: *"Portanto, da referida autorização previamente firmada pelo contribuinte nasceu a Operação Cartão Vermelho, na qual o Fisco faz o confronto dos dados fornecidos pelo contribuinte com os fornecidos pelas administradoras de cartões, a fim de apurar omissões de receitas, sem que se possa falar em qualquer afronta ao sigilo de dados."* Assim, vistas as disposições do Convenio ECF/01, que facultou ao estabelecimento a emissão de comprovante de pagamento via ECF, desde que o contribuinte optasse, por uma única vez, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito, a fornecer as informações relativas às transações de pagamento efetuado com o respectivo cartão, às Secretarias da Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados, do Distrito Federal e à Secretaria da Receita Federal, conseqüentemente, se o contribuinte autorizou a administradora a prestar as informações à Secretaria da Fazenda, o fornecimento dessas informações pela administradora não viola o sigilo bancário, pois atende aos interesses do próprio contribuinte, estando por ele expressamente autorizada a tanto.

38. Com isso fica claro que as provas não foram obtidas ilicitamente, como entende o Julgador Tributário. E correta a Representação Fiscal quando afirma: *"Inclusive, causamos estranheza o Julgador entender que a tese adotada pelo Fisco em relação à obtenção de provas é a "mal colhida, mas bem conservada", pois em nenhum momento é possível identificar que essa seria a linha adotada pelo Fisco. As páginas citadas para justificar a afirmação do Julgador (fls. 71/75) contêm apenas as GIAs do contribuinte, não apresentando nenhuma relação com as considerações realizadas."*

39. Quanto às alegações do contribuinte de que haveria cerceamento de defesa, ao argumento de que o AIIM se baseou em prova emprestada, produzida por terceiro e que essa prova sequer lhe teria sido apresentada, não é de ser prestigiada.

39.1 Em 16/08/10, fls. 35, foi entregue ao contribuinte, mediante termo de entrega uma mídia CD (fls. 218) contendo os Arquivos Digitais com as Operações com Cartões de Crédito e de Débito informadas pelas empresas administradora de cartões devidamente certificada e com assinatura digital (hash MD5). Às fls. 97 a 217 foram juntadas, como amostra, a transposição do referido arquivo digital relativa ao primeiro mês de cada ano por administradora. Por esta amostra em papel pode-se verificar que as administradoras de cartões detalharam as operações por CNPJ do estabelecimento, data da operação, código de autorização da operação emitido pela administradora de cartões, indicador do tipo de cartão (débito ou crédito) e o valor da operação. Tal alegação contaria os documentos de fls. 10 a 22 e 35, documentos entregues mediante recibo na abertura dos trabalhos fiscais, sem que o contribuinte tenha se manifestado contrário às informações fornecidas pelas administradoras de cartões antes da lavratura do presente AIIM. Conforme consta no item 5 do campo de Observações do AIIM "Foram fornecidas ao interessado, cópias de todos os documentos, demonstrativos e provas que instruem a 1ª via deste AIIM, conforme termo no campo 39 do presente AIIM."



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

40. Melhor sorte também não lhe assiste quanto às alegações: (i) de que os exercícios de 2006 e 2007 já teriam sido fiscalizados e os seus desdobramentos e (ii) de que não houve contagem de estoque/mercadorias e os dados apresentados pelo fiscal não foram objeto de levantamento e sim de mera presunção deste, e, dessa forma, não restou provada a saída física das mercadorias. A esse respeito, peço licença para transcrever trecho da Manifestação Fiscal à Defesa (fls. 243 a 247):

"Alega também que os exercícios de 2006 e 2007 já foram fiscalizados conforme Termo de Ocorrências - fls. 240, tendo sido lavrado o AIIM nº 3.106.778-5 que "nada tem a ver com o assunto aqui discutido", "se os exercícios de 2006 e 2007 já foram fiscalizados anteriormente não tendo sido verificado por parte da Fiscalização qualquer problema com relação às operações de cartões de crédito/débito, não pode o Fisco aproximadamente dois anos depois lavrar Auto de Infração relativo a este período", reclama também que não houve contagem de estoque/mercadorias. A defesa está equivocada, conforme o Termo de Ocorrências - fls. 240 juntada pela defesa - constata-se que foi desenvolvido somente o Roteiro 3.01 - Escrita Fiscal para os exercícios de 2006 e 2007 e que foi lavrado AIIM que, conforme afirmação da defesa, "nada tem a ver com o assunto aqui discutido". A administração tributária obteve dados/fatos novos relativos ao período 2006 a 2009 e determinou a execução de trabalhos fiscais - Operação Cartão Vermelho - no contribuinte, inexistindo base legal para o impedimento da lavratura de AIIM para os exercícios de 2006 e 2007. A diferença do movimento tributável originou-se do confronto entre os totais mensais dos valores informados pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de débito, acrescidos, quando declarados, dos valores mensais de vendas feitas com outros meios de pagamento, com os valores mensais de vendas feitas com outros meios de pagamento, com os valores mensais de vendas informados pelo contribuinte através das GIA's dos respectivos períodos. Esta diferença foi considerada como decorrente de operações tributadas e calculou-se o ICMS através da aplicação da alíquota de 18%, conforme previsto nos §§ 3º e 4º do artigo 509 do RICMS/00. O trabalho foi realizado como prescrito na Operação Cartão Vermelho e foi elaborado um Relatório Circunstanciado juntado às fls. 07 a 9. A contagem de mercadorias a que a defesa se refere é utilizada no "Levantamento Específico de Mercadorias" que não foi determinado neste trabalho."



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

CÂMARA
5ª CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/2010

RECURSO
DE OFÍCIO

41. Considerando, portanto, as razões acima expostas, DOU PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO, RESTABELECENDO A ACUSAÇÃO COMO POSTA NA INICIAL.

Sala das sessões,

12

de

maio

de 2011

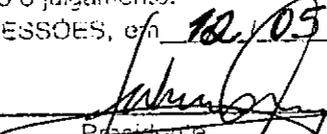
CACILDA PEIXOTO
JUIZA RELATORA

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

André Felix Rocco

pel' prazo de 15 dias (art. 023 do R.T.)
ficando adiado o julgamento.

SALA DAS SESSÕES, em 12/05/2011


Presidente
FABIO HENRIQUE BORONI CRUZ
Presidente



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC- III – 862050/2010

RECURSO
RECURSO DE OFÍCIO

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL					
RECORRIDO	LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA.					
RELATOR(A)	CACILDA PEIXOTO	AIIM	3142829-0	S. ORAL	NÃO	
ASSUNTO						
<p>- OPERAÇÃO CARTÃO VERMELHO – LEVANTAMENTO FISCAL REALIZADO ATRAVÉS DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS JUNTO ÀS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO COMPARADAS COM OS VALORES LANÇADOS EM GIA's VALORES E INFORMAÇÕES JUNTO ÀS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO ANTES DE INICIADA A FISCALIZAÇÃO DESRESPEITA AS DETERMINAÇÕES DA LC 105/01.</p> <p>Não foi observada a determinação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 e as determinações da Portaria CAT 12/10, pois o AFR autuante já possuiu as informações junto às operadoras de cartão de crédito antes de iniciado o procedimento fiscal</p> <p>Recurso de Ofício Conhecido e Negado Provimento.</p>						
-						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			
-			-			

VOTO-VISTA

1. Trata-se de Recurso Ofício interposto contra a r. decisão proferida pelo D. Julgador "a quo" que julgou improcedente o AIIM exordial, o qual acusa a ora contribuinte de deixar de pagar o ICMS em decorrência da "operação cartão vermelho" e verificado através de levantamento fiscal
2. A D. Julgadora "a quo" cancelou o auto de infração por entender que as informações obtidas das operadoras de carta ode crédito foram feitas de forma ilícita, afrontando a constituição federal e as determinações da Lei Complementar nº 105/01.
3. A D. Representação fiscal apresentou parecer para que seja dado provimento ao Recurso de Ofício, tendo em vista que o AIIM foi lavrado com base nas informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e as receitas não declaradas em GIAs,



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC- III – 862050/2010

RECURSO
RECURSO DE OFÍCIO

assim foi constada a omissão.

4. A contribuinte apresentou suas contrarrazões ao Recurso de Ofício alegando que a r. decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, bem como que a legislação vigente determina que somente pode ser requisitada as informações de instituições financeiras com a existência de processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.

5. Por sua vez, a D. Relatora., negou provimento ao Recurso de Ofício sob o fundamento que a Lei Estadual nº 6.374/89 não impõe qualquer procedimento prévio para solicitação de informações junto às operadoras de cartão de crédito, que a Portaria CAT 87/06 disciplina que as empresas administradoras de cartão de crédito devem entregar as informações até o dia 20 de cada mês, que cabe ao Fisco reprimir a sonegação e o TRF da 4ª Região e o STJ já declararam ser constitucional a quebra do sigilo bancário.

6. “*Data maxima venia*”, discordo da posição adotada pela D. Relatora e concordo com a decisão proferida pelo D. Julgador “*a quo*”, devendo esta ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

7. Primeiramente importante salientar, conforme disposto pelo D. Julgador “*a quo*”, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou ser inconstitucional a quebra de sigilo das operações bancária ou financeiras em 25.11.2010, conforme notícia veiculada no site do STF, em 15.12.2010, com título: “**STF nega quebra de sigilo bancário de empresa pelo FISCO sem ordem judicial**”, “*in verbis*”:

“Dignidade

O ministro Marco Aurélio (relator) votou pelo provimento do recurso, sendo acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. O princípio da dignidade da pessoa humana foi o fundamento do relator para votar a favor da empresa. De



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC- III – 862050/2010

RECURSO
RECURSO DE OFÍCIO

acordo com ele, a vida em sociedade pressupõe segurança e estabilidade, e não a surpresa. E, para garantir isso, é necessário o respeito à inviolabilidade das informações do cidadão.

Ainda de acordo com o ministro, é necessário assegurar a privacidade. A exceção para mitigar esta regra só pode vir por ordem judicial, e para instrução penal, não para outras finalidades.

“É preciso resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade”, salientou o ministro.

Por fim, o ministro disse entender que a quebra do sigilo sem autorização judicial banaliza o que a Constituição Federal tenta proteger, a privacidade do cidadão. Com esses argumentos o relator votou no sentido de considerar que só é possível o afastamento do sigilo bancário de pessoas naturais e jurídicas a partir de ordem emanada do Poder Judiciário.

Já o ministro Gilmar Mendes disse em seu voto que não se trata de se negar acesso às informações, mas de restringir, exigir que haja observância da reserva de jurisdição. Para ele, faz-se presente, no caso, a necessidade de reserva de jurisdição.

Para o ministro Celso de Mello, decano da Corte, o Estado tem poder para investigar e fiscalizar, mas a decretação da quebra de sigilo bancário só pode ser feita mediante ordem emanada do Poder Judiciário.

Em nada compromete a competência para investigar atribuída ao poder público, que sempre que achar necessário, poderá pedir ao Judiciário a quebra do sigilo.”

8. Ademais, entendo que assiste razão a D. Julgadora “a quo” e r. decisão proferida às fls., tendo em vista que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 é claro em dispor que “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”.

9. Desse modo, a legislação supra citada é clara em dispor que o Fisco somente pode ter acesso as informações financeiras quando houver processo administrativo instaurado e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC- III – 862050/2010

RECURSO
RECURSO DE OFÍCIO

administrativa competente.

10. Reconhecendo que a quebra do sigilo das informações dos recebíveis dos contribuintes através de cartões de crédito estava sendo realizada em dissonância com as determinações da LC 105/01, a SEFAZ/SP editou a Portaria CAT nº 12/10, publicada no DOE 30.01.10, que também dispõe que a requisição das informações dos contribuintes com as instituições financeiras somente pode ser feita se há processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal, inclusive competindo ao AFR elaborar por escrito a proposta de requisição da quebra do sigilo e cabendo ao Delegado apreciar o pedido, *"in verbis"*.

"Art. 1º A Secretaria da Fazenda, ao requisitar o acesso e o uso de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, além do disposto no Decreto 54.240, de 14 de abril de 2009, deverá observar o disposto nesta portaria.

Art. 2º A requisição de informações somente será proposta se presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - existência de processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso;

II - ter sido constatada hipótese de indispensabilidade prevista no artigo 3º do Decreto nº 54.240, de 14 de abril de 2009.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso I, o procedimento de fiscalização deverá ter sido instaurado a partir da emissão de Ordem de Fiscalização, de notificação ou de ato administrativo que autorize a execução de qualquer procedimento fiscal, conforme previsto no artigo 9º da Lei Complementar Estadual 939, de 3 de abril de 2003.

Art. 3º Compete ao Agente Fiscal de Rendas - AFR responsável pelo processo administrativo ou pela execução do procedimento de fiscalização



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

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC- III – 862050/2010

RECURSO
RECURSO DE OFÍCIO

em curso elaborar proposta de requisição de informações, conforme modelo constante do Anexo I, que deverá conter:

I - a identificação:

- a) do sujeito passivo submetido a procedimento de fiscalização e, quando for o caso, de seus sócios, administradores e terceiros vinculados aos fatos;*
- b) do processo administrativo, da Ordem de Fiscalização, notificação ou do ato administrativo que autorizou a execução do procedimento de fiscalização ou do procedimento administrativo a que estiver vinculada a análise do comportamento fiscal do contribuinte;*
- c) da hipótese de indispensabilidade que motivou a proposta da requisição das informações;*
- d) da instituição financeira ou entidade a ela equiparada destinatária da requisição de informações;*
- e) das informações requisitadas e do período abrangido pela requisição;*
- f) da forma de apresentação e prazo para o seu atendimento;*

II - relatório circunstanciado, devidamente instruído, contendo, no mínimo:

- a) descrição, com precisão e clareza, dos fatos que motivaram o enquadramento na hipótese de indispensabilidade, bem como de condutas pessoais constatadas ou indicadas;*
- b) identificação de eventual notificação anterior, feita ao sujeito passivo, para fins de obtenção das informações sobre movimentação financeira, bem assim, se for o caso, dos correspondentes atendimentos;*

III - identificação do AFR responsável pela execução do procedimento fiscal.

Parágrafo único. A proposta de requisição de informações mencionada no "caput" formará novo processo administrativo, desvinculado dos procedimentos anteriores referentes ao sujeito passivo.

Art. 4º Compete ao Delegado Regional Tributário ou ao Diretor Executivo da Administração Tributária exarar decisão, em despacho fundamentado, sobre a proposta de requisição de informações".

11. Ora, no caso em tela está devidamente comprovado que o AFR atuante obteve



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC- III – 862050/2010

RECURSO
RECURSO DE OFÍCIO

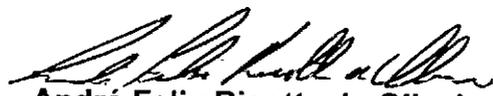
as informações das operadoras de cartão de crédito anteriormente a qualquer procedimento fiscal, tanto que na notificação à fl. 10 que deu início ao procedimento de fiscalização consta que *“fica o contribuinte acima cientificado de que a Secretaria da Fazenda tem em seu poder os dados relativos às operações efetuadas por seu estabelecimento cujo pagamento se deu através de cartões de crédito e de débito, fornecidos pelas empresas administradoras de cartões”*.

12. Assim, resta evidente que não foi observada a determinação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, pois o AFR autuante já possuiu as informações junto as operadoras de cartões antes de iniciado o procedimento fiscal.

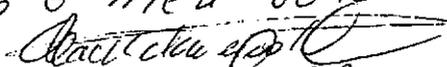
13. Ademais, o presente AIIM não consta nos autos que AFR seguiu as determinações da Portaria CAT 12/10, o que vicia o presente AIIM.

14. Ante o exposto, conheço do Recurso de Ofício e NEGO-LHE PROVIMENTO, para manter integralmente a r. decisão *“a quo”* pelos seus próprios fundamentos.

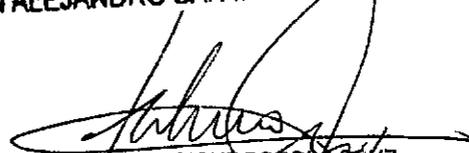
São Paulo, 24 de maio de 2011


André Felix Ricotta de Oliveira

Juiz-vista

Mantenho o meu voto.

GERMAIN ALEJANDRO SAN MARTIN FERNANDEZ

Com o Dr. André Ricotta
GERMAIN ALEJANDRO SAN MARTIN FERNANDEZ


FABIO HENRIQUE BORDIM CRUZ
Presidente