



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

9ª CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
JULGADORA	DRT-C- I nº 686129/2010	RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	J F TAVARES CONCEIÇÕES- ME				
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR	MARCELO ALVES	AIIM	3.139.273-8	S.ORAL	Sim, fls. 176
EMENTA					
<ul style="list-style-type: none"> ➤ ICMS- falta de recolhimento do imposto devido por omissão de operações tributadas apuradas por meio de levantamento fiscal com fundamento no art. 509 do RICMS/2000 ➤ Fisco pode se valer de qualquer meio indiciário para apurar ilícito fiscal – presunção <i>juris tantum</i>. ➤ Matéria de prova não elidida pela Recte ao ser notificada a esclarecer as informações prestadas pelas administradoras de Cartão de Crédito. ➤ Cerceamento de defesa inexistente – cópia das peças que instruíram a acusação suficientes para o exercício da defesa. 					
SUSTENTAÇÃO ORAL REQUERIDA					
CAPITULAÇÃO DA MULTA			Artigo 527, inciso I, alínea "a", do RICMS/2000		

RELATÓRIO

1, Insurge-se a Recte com a decisão de fls. 144/149 que julgou procedente a acusação fiscal e manteve a multa como capitulada sem prejuízo do recolhimento do imposto devido.

2, Inconformada a irresignada-parte interpôs RO ao Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas historiando os fatos e aduzindo, em síntese, que:

- em preliminares, nulidade do lançamento por não ter sido considerado para arbitramento o imposto devido os créditos de ICMS decorrente das compras efetuadas pela Recte, sendo estas consideradas provas materiais, apesar de ter em seu poder os livros fiscais com os lançamentos das compras realizadas, bem como as N F's apresentadas parcialmente em virtude de extravio, em virtude de roubo na residência do sócio, sendo nulo o AIIM que não obedeceu a mandamentos constitucionais da não-cumulatividade;
- a presunção da fiscalização esta eivada de nulidades, pois não considerou elementos concretos e disponíveis para se aferir a verdade material, acarretando a glosa de créditos com violação ao art. 155, § 2º. I da CF/88
- exsurge a impossibilidade de autuação com base somente em provas emprestadas pelas administradoras de cartão de crédito em detrimento da operações de vendas, sem que tenha sido aprofundadas as investigações permitindo inclusive a colaboração do particular interessado, ainda que seja ônus do Fisco;
- ressalta-se que a base de cálculo do tributo do ICMS integra a sua própria base, conforme art. 33 da Lei nº 6.374/89, fazendo com que o contribuinte pague duas vezes o mesmo tributo, desrespeitando-se o princípio constitucional da não-cumulatividade, tornado ilíquida a exigência fiscal, eis que confronta o disposto no art. 3º do Decreto Lei 406/68. Discorreu ao longo do arrazoado através de citação de entendimento doutrinário, colação de textos legais, jurisprudências pertinentes à inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, concluindo, ao final, que o art. 33 da Lei nº 6.374/89 é inconstitucional. Requereu seja proferida nova decisão anulado o a AIIM em exame



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

FLS.

9ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-C- I nº 686129/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

por desconsiderar as operações legítimas praticadas pela Recte, bem como pela inclusão na base de cálculo o próprio tributo Protestou pela juntada de documentos que se encontram em poder do d. Autor do feito, bem como juntada de novos documentos realizando-se perícia nos livros fiscais da Recte e **pela produção de sustentação oral.**

3, A d. Representação Fiscal, em contra-razões de recurso, **destacou as razões de fato e de direito que justificaram a autuação. Salientou que a Recte não ofereceu qualquer elemento ou argumento que já não tivesse sido objeto de análise na r. Decisão Recorrida. Apontou que a matéria de fato e direito impugnada é que serão objeto de análise. Evidenciou que foram fornecidas à Recte as provas anexadas aos autos não derruídas pela Recte. Pugnou pelo não provimento do apelo.**

Tendo a autuada, **protestado por sustentação oral à fl.176**, aguarda-se oportuna leitura do relatório em sessão.

Tribunal de Impostos e Taxas/ Sala de Sessões, 17 de julho de 2007

Marcelo Alves
Juiz Relator

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
1ª CÂMARA JULGADORA
SUSTENTACÃO ORAL

CERTIFICO que o Int. nº 12.123/2011, compareceu
à Sessão de hoje...

SALA DAS SESSÕES, em 17 / 06 / 2011


SECRETÁRIO

KATIA DHARA HIGUTI



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

9ª CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
JULGADORA	DRT-C- I nº 686129/2010	RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	J F TAVARES CONCECÇÕES- ME				
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR	MARCELO ALVES	AIIM	3.139.273-8	S.ORAL	Sim, fls. 176
EMENTA					
<ul style="list-style-type: none"> ➤ ICMS- falta de recolhimento do imposto devido por omissão de operações tributadas apuradas por meio de levantamento fiscal com fundamento no art. 509 do RICMS/2000 ➤ Fisco pode se valer de qualquer meio indiciário para apurar ilícito fiscal – presunção <i>juris tantum</i>. ➤ Matéria de prova não elidida pela Recte ao ser notificada a esclarecer as informações prestadas pelas administradoras de Cartão de Crédito. ➤ Cerceamento de defesa inexistente – cópia das peças que instruíram a acusação suficientes para o exercício da defesa. Não é trabalho do Fisco corrigir a escrita fiscal do contribuinte - Créditos de eventuais compras não levadas a registro regular, poderão ser aproveitados extemporaneamente nos termos da legislação vigente, dentro do prazo quinquenal – no levantamento fiscal específico ou econômico se apura omissão de receitas do período. ➤ Cálculo do ICMS integra a própria base do imposto – matéria apreciada pela Suprema Corte decidindo pela sua legalidade. 					
RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO					
CAPITULAÇÃO DA MULTA		Artigo 527, inciso I, alínea "a", do RICMS/2000			

CONTINUAÇÃO DE RELATÓRIO

Superada a fase da sustentação oral requerida, dou por encerrado o relatório, decido.

VOTO

VOTO

1, Preliminarmente, destaco que o processo encontra-se formalmente instruído e em condições de julgamento.

2, Em que pesem as argumentações expendidas pela irresignada-parte a acusação é procedente. Por primeiro, os atos da constituição do crédito tributário obedeceu aos ditames legais que regem a matéria, como seguem:

O C.T.N. em seu artigo 142 determina a atribuição da autoridade administrativa, *in verbis*:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do



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

FLS.

9ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-C- I nº 686129/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único - A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Nesta mesma linha, destaco que Autoridade Fiscal, no uso de suas atribuições, tem toda legitimidade para determinar a infração à legislação tributária, constituir o crédito, bem como propor a penalidade cabível, até porque o provimento de cargos na administração pública é regulado por normas constitucionais, artigo 37, inciso II, e no inciso XVIII do mesmo artigo que preleciona a precedência da Autoridade Fiscal, *in verbis*:

"II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

As atribuições do Agentes Fazendários estão ancoradas nos artigos 194/ 200 do C.T.N., como segue:

**TÍTULO IV- ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA- CAPÍTULO I -
Fiscalização.**

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o



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

FLS.

9ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-C- I nº 686129/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

- I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;*
- II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;*
- III - as empresas de administração de bens;*
- IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;*
- V - os inventariantes;*
- VI - os síndicos, comissários e liquidatários;*
- VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.*

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo 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.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Art. 200. As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.



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

FLS.

9ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-C- I nº 686129/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Desta feita, o d. Autor do feito, mesmo tendo lavrado o AIIM com base em informações cruzadas das empresas operadoras de cartão de crédito em cotejo com a escrita fiscal da Recte, não divulgou, tampouco juntou cópias das informações obtidas junto às operadoras, ancorado na Portaria CAT nº 87, de 18/10/2006, é o que se observa nos documentos, que instruem a peça acusatória, com cópias fornecidas à Recte. Vê-se pois, que no parágrafo único do art. 198, as exceções além da requisição regular da Autoridade Judiciária no interesse da justiça. Até porque, a Recte foi notificada a esclarecer e comprovar todas as operações mensais do exercício de que cuida a exação. Destaca-se que na notificação a obrigatoriedade da Recte demonstrar e comprovar mensalmente as operações débito e crédito, bem como a de demonstrar a operações não sujeitas à tributação pelo ICMS. Não houve esta demonstração.

A diferença tributável foi apurada por meio de Levantamento Fiscal, realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, *in verbis*:

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

§ 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 será calculado mediante aplicação da maior alíquota vigente no período a que se referir o levantamento.

O levantamento fiscal busca verificar se, para as aplicações do período, a recorrente possuía recursos suficientes declarados, ou seja, se não há a constatação de ingresso de Recursos não-declarados, o que configura Receita Tributável Omitida. Portanto, a diferença apurada no período constitui prova indiciária de omissão de receitas. Demais disso, o § 3º do artigo 509, do RICMS/2000, prevê que a diferença apurada por meio de levantamento fiscal será considerada como decorrente de operação ou prestação tributada. A presunção "*juris tantum*" na qual se baseia a lavratura de Autos de Infração decorrentes de diferenças de levantamento, também chamada de presunção legal condicional ou relativa é o ato ou fato que se considera como verdade, enquanto não há prova em contrário. A presunção relativa beneficia quem a possui, cabendo à parte contrária fazer prova, a qualquer tempo, de que a mesma é descabida. Ocorre, assim, a inversão do ônus da prova, conforme ementa que a seguir transcrevo e adoto como razão de decidir:

"Prova negativa - Impossibilidade Teórica.

O ônus da prova incumbe a quem faz tal alegação. Tal fato, entretanto, não se dá no Direito Tributário, já que uma das características do privilégio tributário é o inversão do ônus da prova. Isto significa que cabe ao contribuinte comprovar, em



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

FLS.

9ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-C- I nº 686129/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

sentido contrario ao alegado pelo Fisco, para não ser alcançado pelo ônus tributário. A única possibilidade desta não inversão surge da existência ou não da exigibilidade de prova negativa, isto pela sua impossibilidade teórica.

NEGADO PROVIMENTO - DECISÃO UNÂNIME - Proc. DRT-5 nº 13683-71- 4ª Câmara- Decisão de 11.02.72 Rel. Ary Oswaldo Mattos Filho."

O uso da presunção legal relativa pelo fisco tem propiciado a lavratura de autos de infração, sustentados em provas obtidas por meios indiciários. É o que ocorre quando da constatação da existência de ativos fictícios ou ocultos, passivos factícios ou ocultos, omissão do registro de pagamento de despesas ou de compra de mercadorias, suprimentos de caixa não comprovados e outras situações correlatas. Releva apontar, que pela própria natureza da presunção "juris tantum", caberá sempre a prova em contrário por parte do autuado, conforme o § 2º do artigo 509, supra descrito, que permite a renovação do levantamento fiscal sempre que forem apurados dados não levados em conta quando de sua elaboração e em razão de força maior ou devido a fatos comprovadamente supervenientes, conforme art. 20, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.941/01. Estes dados devem ser apontados pelo contribuinte com provas documentais e cotejadas com as provas que instruem a acusação, em forma de demonstrativo circunstanciado para que se possa aferir a correção que se fizer necessária no levantamento fiscal objurgado. A jurisprudência iterativa no âmbito desta Egrégia Corte Administrativa, Conselho de Contribuintes e no d. Judiciário tem reconhecido o valor probante e a legalidade de apuração de ilícitos fiscais através de levantamento fiscal, tanto específico quanto econômico, conforme ementas que a seguir transcrevo e adoto como razões de decidir:

ICMS. LEVANTAMENTO FISCAL

I – O levantamento fiscal é meio legítimo para demonstrar, ainda que indiretamente, a prática de operações de circulação de mercadoria não oferecidas à tributação. É um ônus do sujeito passivo impugnar objetivamente seus critérios e a correção de suas conclusões, tarefa da qual não se desincumbiu a Recorrente.

II – Recurso desprovido.

Processo DRT-15-971/99 – Recurso Ordinário – Primeira Câmara Efetiva – Rel.: Juiz Luiz Fernando Mussolini Júnior – J. 22/3/2001 – Decisão unânime.

Do voto do relator, vale transcrever o seguinte trecho

5. Não sobra dúvida, quanto ao primeiro item do libelo, de que os levantamentos cujos resultados deram suporte à exigência das diferenças de ICMS, foram elaborados com observância das regras e parâmetros fixados no art. 574 do RICMS/91, daí não se podendo acatar sua pretendida ilegitimidade como meio probante indireto da prática de saídas não regularmente subsumidas à incidência do imposto, mormente porque o sujeito passivo não conseguiu confutar objetivamente seus critérios e correção das suas conclusões.

Nesse passo, não há que se falar em desconsideração das saídas que foram sujeitadas à tributação, porque os demonstrativos dos diferenciais reclama dos deixam claro seu abatimento em cada período.

Não houve, a par disso, o dito desprezo "as escritas do Recorrente sem motivo", pois que os levantamentos tomaram por base os documentos e assentamentos do contribuinte.

TRIBUTÁRIO – ICMS – LEVANTAMENTO FISCAL – APREENSÃO E RETENÇÃO DOS



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

FLS.

9ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-C- I nº 686129/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

LIVROS FISCAIS – INÍCIO DA AÇÃO FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO DA CONTABILIDADE – ARBITRAMENTO – MULTA – A apreensão e retenção dos livros e documentos fiscais é procedimento legalmente previsto e não impede a defesa do contribuinte, conquanto podem ser compulsados ou até requisitados para apresentação de juízo. O início da ação fiscal não se reveste das formalidades de uma citação. É válida a notificação realizada na pessoa de um dos sócios e advogado da empresa, mormente se os livros e documentos foram apresentados ao fisco alcançando a sua finalidade. O arbitramento fiscal em decorrência da desclassificação da contabilidade por força de comprovada sonegação é procedimento previsto em lei e normal na atividade fazendária. A desclassificação da contabilidade autoriza o proceder do fisco e impõe ao contribuinte o ônus de provar o contrário. Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido. (TJRS – AC 597159953– 2ª C. Cív.–Rel. Des. Arno Werlang– J. 10.03.1999)

SALDO CREDOR DE CAIXA – Indicando a escrituração a ocorrência de saldo credor de caixa, a Lei autoriza a presunção de omissão de receitas. COMPRAS NÃO ESCRITURADAS – A não-contabilização da compra de mercadorias, confessadas pelo contribuinte, comprovam que foram pagas com recursos obtidos a margem da escrituração. ESTOQUES – A diferença entre estoques físicos declarados, e os apurados no levantamento fiscal, configuram vendas sem emissão de documentário fiscal e consequentemente a omissão de tais receitas. PIS, FINSOCIAL, CONFINS, IRRF e CSSL – Tratando-se de tributação reflexa, decide-se de conformidade com o decidido quanto a matéria principal. Exigência mantida. Recurso negado. (1º CC – Ac. 102-43.830 – 2ª C. – Rel. Mário Rodrigues Moreno – DOU 09.11.1999 – p. 04)

*PENAL – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: LEI Nº 8.137/90 – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEI Nº 8.430/96, ART. 34 – 1. O tipo penal do art. 1º da Lei nº 8.137/90 só se perfaz quando uma das cinco condutas dos incisos do referido artigo tem como escopo suprimir ou reduzir tributo. 2. **Só o Fisco pode dizer se há imposto devido ou supresso. Daí a importância do levantamento fiscal para a tipificação de conduta.** 3. Hipótese dos autos em que houve levantamento fiscal e oportunizou o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL o pagamento do tributo para extinguir a punibilidade. 4. "Habeas corpus" denegado. (TRF 1ª R. – HC 01000728305 – GO – 4ª T. – Relª Juíza Eliana Calmon – DJU 27.08.1999 – p. 765)*

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – VENDA DE MERCADORIA SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL – O levantamento escritural, através de anotações do Livro de Inventário, tem sido aceito como prova de evasão fiscal. A efetivação de registro no Livro Inventário através de levantamento de estoque realizado por estimativa é um risco assumido pelo administrador do estabelecimento comercial. O imposto devido pertence ao período anterior a mudança que estabeleceu a substituição tributária, assim a evasão fiscal apurada ocorreu através de venda de mercadoria sem a emissão de nota fiscal, portanto quando do levantamento realizado para viabilizar o novo sistema, as mercadorias não estavam mais no estoque da empresa, não tendo sido pago o imposto devido, caracterizando o delito. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO. (7 FLS.). (TJRS – ACR 70000280289 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres – J. 22.11.2000)

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO – DÉBITO FISCAL – NULIDADE DA SENTENÇA INEXISTENTE – IRREGULARIDADES NOS REGISTROS E DOCUMENTOS FISCAIS – ARBITRAMENTO – Não se confunde a



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

FLS.

9ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-C- I nº 686129/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

sucinta motivação com a inexistência de fundamentação. Ocorrentes irregularidades nos registros e documentos fiscais, a teor do artigo 34 da Lei nº 8.820/89, possível o arbitramento, que, na espécie, mostrou-se regular, feito a partir de levantamento físico das mercadorias realizado no estabelecimento comercial da apelante, na presença de preposto seu, com adequada fixação de lucro bruto. Mostra-se correta a autuação fiscal realizada. Apelo desprovido. (TJRS – AC 598193050 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. João Aymore Barros Costa – J. 14.04.1999).

Neste diapasão, não houve glosa de créditos ao alvitre do d. d. AFR, como alega a Recte, os eventuais créditos pela entradas devem ser comprovados pelo contribuinte autuado com os devidos registros nos livros fiscais, e com as primeiras vias das notas fiscais de compra quando solicitadas. Do mesmo modo, não é trabalho do Fisco corrigir a escrita fiscal efetuando compensações de créditos não comprovados no tempo e forma que a lei exige. O que não significa que o contribuinte não possa fazê-lo dentro do prazo quinquenal obedecendo as normas de regência do ICMS.

- 3, No que se refere à tese de bi-tributação, a matéria está pacificada no sentido do V. Acórdão proferido pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal conforme ementa que a seguir transcrita e que adoto como razão de decidir:

Agravo Regimental – AGRAG – 195323/SP

O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 212.209, decidiu pela constitucionalidade da base de cálculo do ICMS correspondente ao valor da operação ou prestação somado ao próprio tributo, mantendo o acórdão recorrido que afastara as alegações de ofensa aos artigos 5.º, XXII, 145, § 1.º, 150, IV, e 155 todos da Carta Magna. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Agravo a que se nega provimento.

- 4, Pelo exposto, conheço do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo incólume a r. Decisão Recorrida.

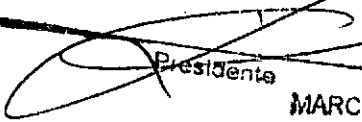
É como voto.

Tribunal de Impostos e Taxas/ Sala de Sessões, 17 de junho de 2011

Marcelo Alves
Juiz Relator

A pedido dou vista ao processo nº 17.028.11.1

~~NILTON LUIZ BARTOLI~~
pelo prazo de 15 dias (art. 028 do R.J.)
ficando adiado o julgamento.
SALA DAS SESSÕES, em 17 / 06 / 2011


Presidente
MARCELO ALVES
Presidente



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

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
9ª. JULGADORA	DRTC - I - 686129/2010	ORDINÁRIO

RECORRENTE	J F TAVARES CONFECÇÕES ME				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR	MARCELO ALVES	AIIM	3.139.273-8	S. O	Realizada

EMENTA**ICMS****INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO**

I. 1 - Deixou de pagar ICMS no montante de R\$ 278.414,00, nos períodos de apuração das competências de janeiro a dezembro de 2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/2000. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Não obstante a obrigação das administradoras de cartão de crédito e débito prestar informações para o Fisco, não se pode olvidar que há a obrigação/dever da Secretaria da Fazenda de obedecer os procedimentos legais para obtenção destas informações, qual seja, a existência de processo administrativo devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.

CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO E À ELE DOU PROVIMENTO, COM VISTAS A DECLARAR A IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO FISCAL.

VOTO-VISTA: JUIZ NILTON LUIZ BARTOLI

Pedi vista para melhor apreciar a questão discutida nos autos. Para evitar repetições, adoto o relatório elaborado pelo Ilustre Juiz relator Dr. Marcelo Alves.

Conforme se depreende do AIIM, a recorrente foi autuada por ter deixado de pagar ICMS no montante de R\$ 278.414,00, nos períodos de apuração das competências de janeiro a dezembro de 2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/2000. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, de acordo com o disposto no inciso



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC - I - 686129/2010

RECURSO
ORDINÁRIO

X do art. 75 da lei 6.374/1989.

Para provar o alegado, o agente fiscal juntou:

- Anexo II-A: Apuração do movimento tributável do estabelecimento no ano de 2009;
- Anexo III-A: Demonstrativo de vendas do estabelecimento;
- Anexo V-A: Demonstrativo das diferenças de levantamento do estabelecimento no ano de 2009;
- Anexo I-C - Valores Informados pelas empresas Administradoras (Operações com Cartões de crédito e de débito - exercício de 2009);
- Anexo VI - termo de entrega de arquivos digitais contendo as Operações com Cartões de Crédito e de Débito Informadas pelas empresas administradora de cartões;
- Anexo VIII-A - Relatório circunstanciado anexo ao AIIM;
- NOVA GIA - CFOP - saidas.

De pronto, esclareço que meu voto é no sentido de julgar improcedente a autuação uma vez que as provas dos autos foram obtidas sem observância à legislação, eis que não foi instaurado procedimento administrativo específico para quebra do sigilo das receitas de cartão de crédito/débito. Vejamos.

Não é aceitável que se ignore o que vem decidindo o STF. Com supedâneo em entendimento do Pretório Excelso (MS 22.801/DF), a decretação de quebra de sigilo bancário pressupõe sempre a existência de ordem judicial, sob pena de autoridade administrativa interferir indevidamente na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas, e neste sentido o Fisco não obedeceu e violou o que a Magna Carta protege.

Contudo, penso que, conquanto o direito fundamental à intimidade, em especial a intimidade financeira, esteja assegurado pela Carta Magna, este direito, de fato, não é absoluto e não pode ser argüido para acobertar ilicitudes e afastar



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

CAMARA
 9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRTC - I - 686129/2010

RECURSO
 ORDINÁRIO

autuações.

É preciso, porém, analisar a matéria pelo prisma infraconstitucional, analisando o que a legislação pertinente estabelece sobre o assunto em questão.

Quanto ao sigilo bancário, a Lei Complementar nº 105/2001 equiparou as administradoras de cartões de crédito à instituições financeiras e determinou que estas conservarão em sigilo suas operações ativas e passivas e serviços prestados, e em seu artigo 6º dispôs:

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 competente.

Na esfera estadual, especificamente no Estado de São Paulo, tal possibilidade é regulamentada pela Lei nº 6.374, de 01/03/89, com alteração realizada pela Lei nº 12.294, de 06.03.2006 (art. 2º, II). Confira-se:

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:

[...]



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

CAMARA
 9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRTC - I - 686129/2010

RECURSO
 ORDINÁRIO

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

Ainda em 2006, em 18 de outubro, foi editada a Portaria CAT nº 87, que, em seu art. 1º, preconizou:

Art. 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 localizadas neste Estado, gravadas em mídia ótica não regravável.

Vejamos o que estabelecem os artigos 1º, 2º, 3º e 4º do Decreto nº 54.240/09:

Artigo 1º - Este Decreto regulamenta a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das 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.

Artigo 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



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

CAMARA
 9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRTC - I - 686129/2010

RECURSO
 ORDINÁRIO

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 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 ao contribuinte, desde que, em qualquer caso, as informações sejam indispensáveis.

Artigo 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;

II - fundada suspeita de inadimplência fraudulenta, relativa a tributos estaduais, em razão de indícios da existência de recursos não regularmente contabilizados ou de transferência de recursos para empresas coligadas, controladas ou sócios;

III - falta, recusa ou incorreta identificação de sócio, administrador ou beneficiário que figure no quadro societário, contrato social ou estatuto da pessoa jurídica;

IV - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC - I - 686129/2010

RECURSO
ORDINÁRIO

V - obtenção ou concessão de empréstimos, quando o sujeito passivo deixar de comprovar a ocorrência da operação;

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

VII - realização de gastos, investimentos, despesas ou transferências de valores, em montante incompatível com a disponibilidade financeira comprovada;

VIII - fundada suspeita de fraude à execução fiscal.

Artigo 4º - *Compete ao Agente Fiscal de Rendas propor a requisição de informações de que trata o artigo 1º por meio de Ofício com relatório circunstanciado que:*

I - comprove a instauração de processo administrativo tributário ou a existência de procedimento de fiscalização em curso;

II - demonstre a ocorrência de alguma das situações prevista no artigo 3º;

III - especifique de forma clara e sucinta as informações a serem requisitadas bem como a identidade de seus titulares;

IV - motive o pedido, justificando a necessidade das informações solicitadas.

A Portaria CAT nº 12 de 29.01.2010 também disciplina o procedimento que deverá ser seguido para a requisição e fornecimento de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras, conforme os artigos 1º, 2º e 3º transcritos a seguir:

"Art. 1º - A Secretaria da Fazenda, ao requisitar o acesso e o uso de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC - I - 686129/2010

RECURSO
ORDINÁRIO

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 art. 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 03 de abril de 2003.

Art. 3º - Compete ao Agente Fiscal de Rendas - AFR responsável pelo processo administrativo ou pela execução do procedimento de fiscalização em curso elaborar proposta de requisição de informações conforme modelo constante do anexo I, que deverá conter: (...) - grifei.

Assim, não restam dúvidas quanto ao dever legal das administradoras de cartões prestar esclarecimentos e informações quanto as operações feitas pelos estabelecimentos de contribuintes paulistas.

Todavia, como se pode observar, tanto a Lei Complementar nº 105/2001 (art. 6º), como o Decreto nº 54.240/2009 e a Portaria CAT nº 12/2010 estabelecem a necessidade de instauração de processo administrativo para a obtenção de informações referente a operações de usuários dos serviços das



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC - I - 686129/2010

RECURSO
ORDINÁRIO

administradoras de crédito e débito, o que não foi atendido *in casu*.

Vale lembrar que o Auto de Infração foi lavrado e o contribuinte dele cientificado em 22/09/2010, data posterior a vigência destes diplomas legais, isto é, deveria o r. AFR ter observado as regras previstas na legislação vigente.

Realmente, não constitui violação ao sigilo a prestação de informações relativas a operações com cartões de crédito **desde que nos termos e condições estabelecidos**, isto é, quando existir processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso.

Resta evidente que a Fiscalização obteve as informações pertinentes ao exercício de 2009 junto às Administradoras de Cartões de Crédito e Débito, bem antes do contribuinte autuado ter sido notificado e, conseqüentemente, antes de iniciada a fiscalização/ procedimento fiscal.

Frisa-se que há decisão neste mesmo sentido, qual seja, de afastar a acusação fiscal por falta de atendimento à legislação (falta de instauração de processo administrativo) proferida pela própria **Delegacia Tributária de Julgamento (DTJ)** de São Paulo, quando julgou o processo nº 1000721544323/2010 (AIIM 3.133.631-0).

Em virtude da decisão ter sido contrária à Fazenda Pública, a mesma foi objeto de recurso de ofício, que foi encaminhado ao TIT, e distribuído à mim, que votei pelo seu não provimento, a fim de manter a r. decisão recorrida.

Logo, não obstante a obrigação/dever das administradoras de cartão de crédito e débito prestarem informações para o Fisco, não se pode olvidar que **há a obrigação da Secretaria da Fazenda obedecer os procedimentos legais para obtenção destas informações.**

Diante de todo o exposto, s.m.j, discordo da decisão proferida pelo Ilustre Relator Dr. Marcelo Alves, e, desta forma, **CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO E À ELE DOU PROVIMENTO**, com vistas a declarar a improcedência da acusação fiscal.



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

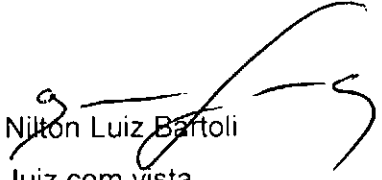
CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC - I - 686129/2010

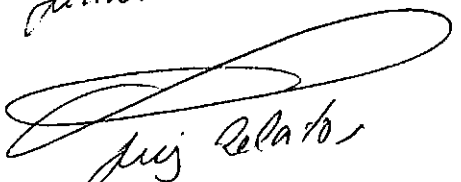
RECURSO
ORDINÁRIO

É como voto.

Sala das Sessões, 17 de julho de 2011.


Nilton Luiz Baffoli
Juiz com vista

Com a decisão recorrida do Dr. Nilton L. Baffoli, mantenho meu voto proferido em sessão de 17 de julho de 2011, mantendo a exigência fiscal.


José Renato

Com o Dr. Nilton Baffoli


JOSÉ DUFEK NETTO

Com o Dr. Marcelo Alves.


KATIA OHARA HIGUTI

sendo havido empate, deixo manter a exigência fiscal, no termo do nono voto de 17 de julho de 2011.


JOSÉ DUFEK NETTO