



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT05-166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	JUNDIAI HOBBY SHOP COMERCIAL LTDA. ME				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATORA	ROSE SOBRAL	AIIM	3.129.144-2	S. ORAL	NÃO
EMENTA					
ICMS. Falta de pagamento do imposto apurado por levantamento fiscal. Cartões de crédito e de débito.					
Mérito. Recurso Ordinário conhecido e não provido. Infração demonstrada pelo fisco. Procedimento do Fisco baseado no artigo 509 do RICMS/00. Contribuinte não contestou informações prestadas pelas administradoras de cartões de créditos apesar de notificado para tal fim. Questões de direito suscitadas insuficientes para ilidir trabalho fiscal.					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
- Artigos 58 e 87 do RICMS/00, aprovado pelo Decreto 45.490/00.			- Artigo 527, inciso I, alínea "a" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.		

RELATÓRIO

- 1) Trata-se de tempestivo recurso ordinário contra decisão de primeira instância administrativa no sentido da procedência do auto de infração acima referenciado, que decorre de falta de pagamento do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2006, apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, conforme demonstrativos constantes dos autos e com base em informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões.
- 2) No apelo de fls. 107/122, após resumo dos fatos, com suporte em doutrina e jurisprudência, o recorrente traz ao debate os seguintes temas:
 - a) Nulidade do auto de infração em função de alegada quebra de sigilo bancário sem sua autorização ou autorização judicial ou ainda sem prévio processo administrativo, como determina a LC 105/2001;
 - b) Ilegitimidade do lançamento quer pelas informações prestadas pelas administradoras poderem conter valores incorretos, o que implicaria em descumprimento do artigo 142 do CTN, quer pelo trabalho fiscal estar baseado em presunção, o que levaria à aplicação da Súmula 182 do extinto Tribunal de Recursos, que considera ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos bancários;
 - c) Natureza confiscatória da multa, ferindo a capacidade econômica do contribuinte, requerendo a redução para 10% do valor do imposto apontado como devido.
- 3) Após despacho de fls. 126 do Senhor Delegado Tributário de Julgamento no



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT05-166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

sentido da admissão da peça recursal segundo disposições contidas no Decreto 54.486/2009, os autos foram encaminhados à d. Representação Fiscal que, em parecer de fls. 127/129, conclui pelo não provimento da mesma.

4) É o relatório.

VOTO

- 5) Os autos tratam de falta de pagamento do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2006, apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, sendo que o movimento real tributável foi apurado com base em informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.
- 6) A prática infracional restou demonstrada por uma série de documentos, fls. 05 e seguintes, representados por notificação fiscal ou Anexo I-A, e demais anexos, ou seja, Anexos II-A, III-A, III-B, IV, V e VI.
- 7) Da análise dos documentos acostados, verifica-se que o autuado foi cientificado de que esta Sefaz possuía os valores mensais das operações com cartões de crédito/débito realizadas no exercício de 2006, conforme Anexos, informados pelas empresas administradoras. Neste passo, em síntese, foi notificado, entre outras determinações, a: 1) a preencher o Demonstrativo II-A, sendo que a falta do mesmo implicaria em reconhecimento da exatidão dos dados do Anexo II; 2) a demonstrar e comprovar operações realizadas não sujeitas à tributação do ICMS e 3) a apresentar livros e documentos fiscais.
- 8) O autuado, por seu lado, mesmo após pedir prorrogação de prazo, não atendeu ao requisitado pelo fisco. Ainda, tanto na defesa, quanto na presente fase recursal, nada traz como contraprova hábil a ilidir a acusação.
- 9) Já, para apurar os valores devidos, o fisco confrontou os valores informados por cada administradora de cartões de débito/crédito a esta Sefaz e as vendas declaradas do estabelecimento, elaborando Demonstrativo das diferenças de levantamento para o exercício especificado na inicial, nos termos do artigo 509 do RICMS/00, chegando à infração decorrente de falta de pagamento do imposto cujo montante é equivalente a 18% da diferença de levantamento apurada.
- 10) A ação fiscal está legitimada em previsões contidas na Lei 6.374/89, na Portaria CAT 87/2006 e no Protocolo ECF 04/2001, normativos válidos, vigentes e eficazes, sendo que eventuais discordâncias quanto a suas legalidades ou constitucionalidades devem ser argüidas em sede do Poder Judiciário.
- 11) A uma, obedeceu ao disposto no artigo 509 do RICMS/00, citado abaixo,



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT05-166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

equivalente ao artigo 74 da Lei 6.374/89, que prevê que o movimento real tributável dos contribuintes do imposto poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal com a utilização de qualquer meio indiciário para a apuração do montante devido:

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

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

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

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

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

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

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

- 12) O "caput" do citado dispositivo legal preconiza que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas e dos estoques, entre outros elementos informativos. No caso em tela, os elementos informativos utilizados foram as declarações dos valores de vendas com a utilização de cartões fornecidas pelas empresas administradoras, a qual não foi contestada pelo atuado, apesar de devidamente notificado para tal fim, o que implicou em reconhecimento da exatidão das mesmas, conforme consta, inclusive, da notificação inicial.
- 13) Ainda, o trabalho fiscal em julgamento envolve de espécie do gênero levantamento fiscal no qual foi constatada divergência substancial entre os valores declarados e os efetivamente recebidos, seguindo Ficha de Conclusão própria, especialmente adaptada para o levantamento da diferença na Operação Cartão Vermelho, que traz o demonstrativo das diferenças encontradas em cada mês do período da acusação, tendo como suporte outros Anexos. Portanto, os documentos e demonstrativos acostados aos autos comprovam com segurança a natureza da infração, que não foi desconstituída pelo atuado.



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT05-166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

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

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

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

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:

- 1 - 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;*



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

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
6ª JULGADORA	DRT05-166599/2010	RECURSO ORDINÁRIO

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

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

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

(Publicado novamente por ter saído com incorreção.) (g.n.)

- 16) Ainda, o Protocolo ECF 04/2001 igualmente respalda a ação fiscal desenvolvida ao dispor sobre o fornecimento de informações aos fiscos federal e estadual, nos termos do Convênio ECF 01/01, pelas administradoras de cartões de crédito relativamente a operações realizadas com estabelecimentos de contribuintes do ICMS, fixando prazo, local e informações a serem entregues.
- 17) Neste contexto, não há que se questionar a correção do trabalho fiscal e não há qualquer nulidade no auto de infração, lavrado nos termos do artigo 142 do CTN, pautado não em alegada presunção, mas em robustas provas das diferenças encontradas pela fiscalização, não tendo o recorrente apontado qualquer incorreção nos valores informados pelas administradoras de cartões.
- 18) Por outro lado, as provas colhidas pela fiscalização são juridicamente admissíveis e, ao contrário do afirmado, não estão em desacordo com o preconizado no artigo 6º da LC 105/2001, mormente seu artigo 6º, que regula a quebra de sigilo e determina a necessidade procedimento administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso.
- 19) Isto porque a entrega das informações pelas administradoras de cartões de crédito e débito não constitui quebra de sigilo e, portanto, não necessitam de procedimento administrativo prévio ou de qualquer procedimento específico instaurado.
- 20) Por força do disposto no inciso X do artigo 75 da Lei 6.374/89, no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT 87/2006, as empresas administradoras são obrigadas a fornecer ao fisco paulista mensalmente os arquivos descritos no Protocolo ECF 04/2001, que contém dados das operações realizadas por contribuintes paulistas com pagamento efetuado através de cartões.
- 21) Desta forma, não são aplicáveis ao tema as exigências de indispensabilidade e de instauração preliminar de processo administrativo ou de procedimento de fiscalização em curso, a que se refere à LC 105/2001. Tais requisitos somente se aplicam à hipótese de requisição formal de informações a instituições financeiras, parametrizadas no Estado de São Paulo pelo Decreto 54.240/2009 e pela Portaria CAT 12/2010.



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT05-166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

22) Ainda, o artigo 5º da Lei Complementar Federal 105/2001 autoriza a obtenção pelas autoridades fiscalizadoras de informações junto às administradoras de cartão de crédito/débito, o que confirma não ser necessária qualquer autorização de acesso a essas informações fiscais, citado "in verbis":

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:

(...)

XIII - operações com cartão de crédito;

(...)

XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro 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. (q.n.)

23) No caso em tela, 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.

24) Descabe equiparar a requisição de informações a instituições financeiras, em casos pontuais e específicos, com a obrigatoriedade imposta às administradoras de cartões de fornecer informações, sem vinculação específica a um contribuinte, relativas às operações com mercadorias ou serviços com pagamento por meio de cartões de crédito ou débito. O fisco, na presente situação, não requisitou qualquer informação às administradoras de cartões; recebeu as informações que as administradoras são obrigadas a lhe fornecer segundo dispositivos da legislação que abarca o assunto.

25) Ademais, o Convênio ECF/98, em sua cláusula quarta, trouxe a obrigatoriedade de uso de ECF para estabelecimentos que exercessem a atividade de venda a não contribuinte, determinando, ainda, que, em caso de vendas via cartão, o comprovante de pagamento deveria ser emitido via ECF e deveria estar vinculado ao documento fiscal da respectiva operação.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
6ª JULGADORA	DRT05-166599/2010	RECURSO ORDINÁRIO

- 26) Já, o Convênio ECF 01/01, em substituição à cláusula quarta do convênio anterior, facultou a emissão do comprovante de pagamento via ECF desde que o contribuinte optasse, uma única vez, por autorizar as administradoras de cartões a fornecerem ao fisco o faturamento do estabelecimento usuário do ECF.
- 27) Portanto, as informações provenientes de administradoras de cartões não foram requisitadas pela fiscalização e, em consequência, não podem ser consideradas como sigilosas; servem apenas para que o fisco possa confirmar/verificar as operações que as administradoras de cartões são obrigadas a enviar a esta Sefaz e cujo envio foi previamente autorizado, consoante o Convênio ECF 01/01.
- 28) Ainda que não se aceitem as razões acima expostas, a exigência fiscal em julgamento decorreu de procedimento fiscal prévio consubstanciado no plano de trabalho denominado Operação Cartão Vermelho, veiculado pelo Ofício Circular DEAT nº 32/2007 que, mesmo não específico, é ato administrativo apto a instaurar procedimento fiscal para obtenção de informações dos contribuintes do ICMS junto às empresas operadoras de cartão de crédito/débito.
- 29) Finalmente, sobre a penalidade, a mesma foi corretamente capitulada no tipo infracional mencionado no AIM, que tem previsão legal no artigo 85 da Lei 6.374/89, reproduzido no artigo 527 do RICMS/00, sendo seu percentual fixado de acordo com a gravidade da infração, contexto no qual não há que se falar em ofensa a qualquer princípio constitucional citado na peça recursal, como o da capacidade econômica. Também, incabível qualquer redução ou relevação, à luz do preconizado no artigo 527-A do RICMS/00, na medida em que a questão debatida envolve pagamento do imposto.
- 30) Assim e por tais fundamentos, conheço do Recurso Ordinário para, no mérito, negar-lhe provimento.

TIT - Sala de Sessões, em 04/05/2011.


Rose Sobral
Relatora

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

ROIANA UGOLENE BENATTI
pelo prazo de 30 dias (art. 028 do R.I.)
ficando adiado o julgamento.
SALA DAS SESSÕES, em 01 / 09 / 2011

P/ [Assinatura]

Presidente

PASQUAL TOTARO



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 5 - 166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	JUNDIAÍ HOBBY SHOP COMERCIAL LTDA. ME				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR(A)	ROSE SOBRAL	AIIM	3.129.144-2	S. ORAL	
JUÍZA COM VISTA: ROSANA UGOLINI BENATTI					

EMENTA

ICMS – FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO – OPERAÇÃO CARTÃO VERMELHO - OMISSÃO DE RECEITAS – MOVIMENTO REAL TRIBUTÁVEL APURADO COM BASE EM INFORMAÇÕES OBTIDAS JUNTO A ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO – APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 - PRECEDENTES JUDICIAIS QUE CONDICIONAM A QUEBRA DO SIGILO FISCAL E BANCÁRIO À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PARA CANCELAR O AIIM EXORDIAL.

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
- Artigo 58, artigo 87 do RICMS/00.	- Artigo 527, I, "a", c/c §§ 1º e 10, do RICMS/00.

VOTO DE VISTA

A acusação é de falta de pagamento de ICMS, nos meses de janeiro a outubro de 2006, apurado por meio de levantamento fiscal consubstanciado em informações de faturamento do Contribuinte obtidas junto às administradoras de cartão de crédito.

O processo é de relatoria da ilustre Dra. Rose Sobral, que conheceu do Recurso Ordinário interposto pela Recorrente, mas negou-lhe provimento, mantendo, *in totum*, a acusação fiscal, conforme aposta no AIIM exordial.

Por ocasião da prolação de seu voto, pedi vista dos autos, pois, *data maxima venia*, possuo, sobre a matéria em tela, entendimento diverso da ilustre Relatora.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 5 - 166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

A questão aqui aposta vem regulada pelo artigo 75, inciso X, da Lei nº 6.374/89, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.294/06, *in verbis*:

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

(...);

X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto; (Inciso acrescentado pela Lei 12.294/06 de 06-03-2006; DOE 07-03-2006; Efeitos a partir de 07-03-2006);

(...).”

A Lei nº 12.294/06 ao introduzir o inciso “X”, no artigo 75 da Lei nº 6.374/89, autorizou a fiscalização estadual à prospectar informações econômicas de contribuintes do imposto junto às operadoras de cartão de crédito, retirando do Poder Judiciário sua competência exclusiva.

Entretanto, este procedimento, assim como as normas que o autorizam, supra transcritas, no meu entender, ferem frontalmente as disposições pertinentes da Lei Complementar nº 105/2001, cujo artigo 6º assim dispõe, *verbis*:

“Art. 6º - As autoridades e os agentes 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 depósito e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado, ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

Nenhuma das hipóteses que autorizam a quebra do sigilo fiscal acima elencadas vislumbro presentes no caso vertente.

Regulamentando a Lei Complementar supra, o Decreto nº 54.240, de 14.04.2009, dispõe, em seus artigos 2º, 3º e 4º, o seguinte, *verbis*:

Artigo 2º - A requisição de informações de que trata o artigo 1º



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 5 - 166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

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 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:*

(...),

VI - *indício de omissão de receita, rendimento ou recebimento de valores.*

Artigo 4º - *Compete ao agente fiscal de rendas propor a requisição das 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 em curso;*

II - *Demonstre a ocorrência de alguma das situações previstas 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.*

Dos dispositivos de lei supra transcritos, resta clara a necessidade de procedimento administrativo prévio junto ao contribuinte para que as informações sejam requisitadas.

Por outro lado, ressalto que pesquisas realizadas junto aos tribunais judiciais superiores, em especial junto ao Supremo Tribunal Federal,



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 5 - 166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

apontaram no sentido da indispensabilidade da intervenção do Poder Judiciário no acesso aos dados financeiros de pessoas físicas e jurídicas.

Assim sendo, o Poder Judiciário tem consagrado posicionamento no sentido de não ser absoluto o direito ao sigilo, devendo a quebra, entretanto, respeitar critérios de razoabilidade, repelindo-se o acesso direto do órgão fiscalizador, sem a intervenção prévia do Poder Judiciário.

Neste sentido, encontra-se inúmeros julgados de nossos Tribunais Judiciais.

Dentre eles, destaco o Recurso Extraordinário nº 387.604/RS, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, que não acolheu as razões fazendárias albergando a tese de que o sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade – artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e ao sigilo de dados – artigo 5º, inciso XII, seria um direito fundamental, sob reserva legal, podendo ser quebrado no caso previsto no artigo 5º, inciso XII, *in fini*, ou quando colidir com outro constante da Constituição Federal também de nossa Carta Magna de 1988.

Importante ressaltar que a Exma. Ministra ressalta em seu voto que ainda que se aceitasse a possibilidade de requisição extrajudicial de informações e documentos sigilosos, o direito à privacidade deve prevalecer enquanto não haja outro interesse público envolvido, de índole constitucional, que não a mera arrecadação tributária.

Conforme traz o Contribuinte em sua peça recursal,

Também neste sentido manifesta-se o Egrégio Tribunal de Justiça paulista, *verbis*:

0225139-87.2011.8.26.0000 Agravo de Instrumento

Relator(a): Sandra Galhardo Esteves

Comarca: Sumaré

Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 05/10/2011

Data de registro: 08/10/2011

Outros números: 2251398720118260000

Ementa: ... LOCALIZAÇÃO DO ATUAL ENDEREÇO DA EXECUTADA. MANUTENÇÃO DO SIGILO DAS DEMAIS INFORMAÇÕES. Pretensão exclusiva à localização do endereço atual dos réus, necessária para formalização da relação jurídica. Solicitação ao BACEN. Quebra de sigilo das informações. Necessidade de autorização judicial. Preservação do sigilo fiscal. Agravo provido.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 5 - 166599/2010

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Assim, diante do exposto, **CONHEÇO** do Recurso Ordinário da Autuada para, no mérito, lhe **DAR PROVIMENTO**, cancelando o lançamento fiscal exordial.

É assim que voto, sob censura de meus nobres Pares.

Sala de Sessões, 20 de outubro de 2011

ROSANA UGOLINI BENATTI
Juíza com Vista

mantenho meu voto.

ROSE SOBRAL

acompanho a Dna. Rose

PASQUAL TOTARO

"DATA correta", voto o voto da Sra. Rosana Benatti e nesse sentido desempata o pagamento.

DANIEL FIGUEIREDO BARROS
Presidente