



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

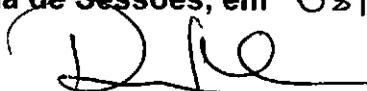
CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
6ª JULGADORA	DRTCI-556971/2011	RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	LUANA LONGUINHO DE SOUZA – ME				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATORA	ROSE SOBRAL	AIIM	3.150.500-4	S. ORAL	SIM
EMENTA					
ICMS. Falta de pagamento do imposto apurado por levantamento fiscal. Cartões de crédito e de débito. Item 1: abril a novembro de 2009. Item 2: dezembro de 2009.					

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, em meses de abril a novembro de 2009 (Item 1) e dezembro de 2009 (Item2), apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, conforme demonstrativos constantes dos autos e com base em informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito/débito.
- 2) No apelo de fls. 160/168, traz ao debate os seguintes pontos:
 - a) Nulidade da decisão recorrida por não ter tido a prestação jurisdicional devida;
 - b) Invalidez do lançamento e nulidade do AIIM em função de levantamento fiscal inexistente no sentido técnico da expressão, pautado em documentos obtidos ilicitamente sem autorização do defendente, o que implicaria em invasão de privacidade. Ainda, faltariam elementos para comprovar a diferença apurada.
- 3) Após despacho de fls. 170 do Senhor Delegado Tributário de Julgamento no sentido da admissão da peça recursal, os autos foram encaminhados à d. Representação Fiscal que, em parecer de fls. 172/183, conclui pelo não provimento da mesma.
- 4) Frente pleito por sustentação oral (fls. 168) regida pela Lei 13.457/2009, interrompo o relatório para aguardar a produção desta.

TIT - Sala de Sessões, em 03/11/2011.


 Rose Sobral
 Relatora

TRIBUNAL DE IMPOSTOS DO PARANÁ
6ª CÂMARA JULGADORA
SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado 110 compareceu
à Sessão de hoje desta Câmara

SALA DAS SESSÕES, em 03 / 11 / 2011



SECRETÁRIO

Luiz Capellini Pereira



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

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
6ª JULGADORA	DRTCI-556971/2011	RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	LUANA LONGUINHO DE SOUZA – ME				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATORA	ROSE SOBRAL	AIIM	3.150.500-4	S. ORAL	SIM

EMENTA

ICMS. Falta de pagamento do imposto apurado por levantamento fiscal. Cartões de crédito e de débito. Item 1: abril a novembro de 2009. Item 2: dezembro de 2009. Sustentação oral regida pela Lei 13.457/2009.

Preliminares afastadas. Decisão recorrida pautada nas provas e na legislação aplicável com enfrentamento dos pontos controvertidos da lide. Devida prestação jurisdicional. AIIM lavrado de acordo com o preconizado no artigo 142 do CTN.

Mérito. Recurso Ordinário conhecido e não provido. Infração demonstrada pelo fisco. Procedimento fiscal baseado no artigo 509 do RICMS/00, no inciso X do artigo 75 da Lei 6.374/89 e na Portaria CAT 87/06. Não há inconstitucionalidade ou ilegalidade na apresentação ao Fisco de demonstrativos financeiros por instituições que administram cartões de débito e crédito. Contribuinte não contestou informações prestadas pelas administradoras de cartões, apesar de notificado para tal fim, nem tampouco apresentou qualquer contraprova nas diversas fases do presente processo administrativo.

COMPLEMENTO DO RELATÓRIO

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

VOTO

- 6) Os autos tratam de falta de pagamento do ICMS, em meses de abril a novembro de 2009 (Item 1) e dezembro de 2009 (Item 2), apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, conforme demonstrativos constantes dos autos e com base em informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito/débito.
- 7) A acusação decorrente da OSF de fls. 06 restou demonstrada pelos documentos de instrução de fls. 07 e seguintes representados pela notificação inicial IA, bem como pelos demonstrativos Anexos I-C, II-A, III-A, IV, V-B e VII, com as transcrições de dados do registro das operações com cartões de créditos, além de cópia do CD.
- 8) Da análise dos documentos acostados, verifica-se que o recorrente foi cientificado de que esta Sefaz possuía os valores mensais das operações com cartões de crédito/débito realizadas no exercício de 2009, conforme Anexos, informados pelas empresas administradoras destes. Neste passo, foi notificado: a) a demonstrar e



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCI-556971/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

comprovar operações sujeitas ao ISS ou canceladas, saídas realizadas em mês posterior ao do pagamento e vendas efetuadas por estabelecimento em outro Estado, b) apresentar LRE, LRS, LRAICMS e GIAs e c) declarar valor mensal das vendas cujos valores foram recebidos por outros meios de pagamento que não cartões.

- 9) Nada apresentou em resposta, o que afastou a necessidade de qualquer ajuste a ser feito no movimento das operações de cartões informado pelas empresas administradoras.
- 10) Neste passo, correto o trabalho fiscal, pois, do confronto entre os valores das vendas declaradas pelo estabelecimento e dos valores informados pelas empresas administradoras de cartões de débito/crédito, o fisco apurou, nos termos do artigo 509 do RICMS/00, falta de pagamento do imposto no montante indicado na inicial.
- 11) Passando o apelo, afasto a preliminar de nulidade da decisão exarada pelo i. julgador singular vez que ao contrário do afirmado a mesma se fundou nas provas e na legislação aplicável, enfrentando os pontos controvertidos da lide, quer em preliminar quer no que diz respeito ao mérito. Desta forma, foi dada a devida prestação jurisdicional.
- 12) Também não há que se falar em invalidade do lançamento ou em nulidade do AIIM, lavrado de acordo com o preconizado no artigo 142 do CTN.
- 13) Identificada a prática de infração à legislação tributária, o crédito tributário dela decorrente foi regularmente calculado e constituído pelo AFR autor do feito, agente competente para lavrar o presente o presente AIIM, nos termos do disposto no artigo 490 do RICMS/00.
- 14) A acusação fiscal perpetrada pela ora recorrente, sujeito passivo da obrigação, encontra-se descrita de forma clara, tendo sido devidamente demonstrada por meio de uma série de documentos que instruem o AIIM, representados por demonstrativos identificando e individualizando cada período de apuração, notificações, arquivo digital, entre outros, tendo o recorrente recebido a integralidade da documentação de instrução.
- 15) Também, corretamente capituladas a infração e a multa decorrentes da acusação fiscal, no esteio de previsões legais existentes, ressaltando-se que os dispositivos legais do RICMS/00, referidos no AIIM, estão ancorados em disposições contidas da Lei 6374/89, que dispõe sobre a instituição do ICMS.
- 16) No que tange ao mérito, conforme entendimento adotado em casos análogos, o procedimento fiscal não apresenta qualquer inconstitucionalidade e ilegalidade, nem tampouco há afronta ao sigilo de informações/dados das instituições financeiras,



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

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
6ª JULGADORA	DRTCI-556971/2011	RECURSO ORDINÁRIO

aqui representadas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de débito.

- 17) 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.
- 18) Obedeceu ao disposto no artigo 509 do RICMS/00, citado abaixo, equivalente ao artigo 74 da Lei 6.374/89, que prevê que o movimento real tributável dos contribuintes do imposto poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal com a 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.

- 19) O "caput" do citado dispositivo legal preconiza que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas e dos estoques, entre outros elementos informativos. No caso em tela, os elementos informativos utilizados foram as declarações prestadas pelo autuado à fiscalização, bem como a declaração dos valores de vendas com a utilização de cartões fornecidas pelas



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCI-556971/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

empresas administradoras, a qual não foi contestada pelo autuado, apesar de devidamente notificado para tal fim.

20) 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 os Anexos I-A (Notificação) a Anexo III-A. Portanto, os documentos e demonstrativos acostados aos autos comprovam com segurança a natureza da infração, que não foi desconstituída pelo autuado.

21) 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.

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

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

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

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

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



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

CAMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCI-556971/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

§ 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.

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.)

- 23) 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.
- 24) Por outro lado, não se há de acolher o argumento de que haveria ilegalidade no ato de obtenção, por parte da Autoridade Administrativa, dos dados relativos às operações realizadas com cartões de crédito e débito em função de quebra de sigilo fiscal.
- 25) A posição defendida pelo recorrente está equivocada porque a entrega das informações pelas administradoras de cartões de crédito e débito não constitui quebra de sigilo e, portanto, não necessitam de procedimento administrativo prévio ou de qualquer procedimento específico instaurado.
- 26) 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 contêm dados das operações realizadas por contribuintes paulistas com pagamento efetuado através de cartões.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
6ª JULGADORA	DRTCI-556971/2011	RECURSO ORDINÁRIO

- 27) 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.
- 28) 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, no caso em tela, não requisitou qualquer informação às administradoras de cartões; recebeu as informações que as administradoras são obrigadas a lhe fornecer segundo dispositivos da legislação que abarca o assunto.
- 29) Ainda, o Convênio ECF/98, em sua cláusula quarta, trouxe a obrigatoriedade de uso de ECF para estabelecimentos que exercessem a atividade de venda a não contribuinte, determinando, ainda, que, em caso de vendas via cartão, o comprovante de pagamento deveria ser emitido via ECF e deveria estar vinculado ao documento fiscal da respectiva operação.
- 30) 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.
- 31) Neste passo, 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.
- 32) 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.
- 33) Não há que se falar também em inexistência de elementos para comprovar a diferença apurada.
- 34) Ao contrário do afirmado, o trabalho fiscal está suportado em provas robustas da



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

CAMARA
6º JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTCI-556971/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

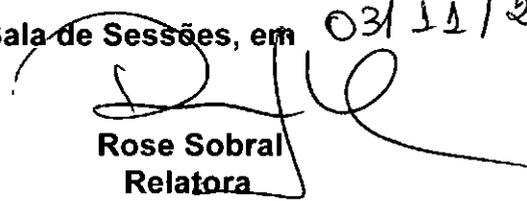
acusação, com cálculos efetuados de forma clara e didática, constante tanto em inúmeros demonstrativos, quanto no DDF, que é de simples leitura e entendimento por conter colunas detalhando as datas dos eventos, os valores originais e/ou atualizados e/ou o percentual aplicável do imposto, juros e multa devidos.

35) Ainda, contrariamente ao alegado, foram observadas as disposições contidas no artigo 509 do RICMS/00, que exige que sejam incluídos todos os valores que compõem o movimento real tributável. O trabalho fiscal, de um lado, foi baseado em valores obtidos junto às administradoras de cartões de crédito e de débito e em valores declarados pelo recorrente, únicos disponíveis ao fisco e que gozam de presunção de veracidade na medida em que o recorrente nada apresentou como contraprova para desconstituir o trabalho fiscal.

36) Assim e por tais fundamentos, afastando as preliminares suscitadas, conheço do apelo para, no mérito, negar-lhe provimento.

TIT - Sala de Sessões, em

031 11 / 2011


Rose Sobral
Relatora

A pedido do(a) vista ao processo a(n) SR.(a)

Rosana Uadini Benatti

pelos prazos de 15 dias (art. 028 do R.I.)

ficando suscitado o julgamento.

SALA DAS SESSÕES em 03.11.2011

Presidente

BONVAL FERRO BARROS
Presidente



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

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
6ª JULGADORA	DRT CA - 556.971/2011	RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	LUANA LONGUINHO DE SOUZA - ME				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR(A)	ROSE SOBRAL	AIIM		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.

VOTO DE VISTA

A acusação é de falta de pagamento de ICMS, 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 nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou de débito.

O processo é de relatoria da ilustre Dra. Rose Sobral, que conheceu do Recurso Ordinário interposto pela Recorrente, para negar-lhe provimento, mantendo, *in totum*, a acusação fiscal, conforme posta 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.

Senão vejamos.

A questão aqui aposta vem regulada pela Lei nº 12.294/06, que alterou a Lei nº 6.374/89, cujo artigo 2º, inciso II, alínea “x”, dispõe, *in verbis*:

“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.



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

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
6ª JULGADORA	DRT 04 - 556.971/2011	RECURSO ORDINÁRIO

I - ao inciso VII do artigo 9º, a alínea "d":

"d) a entrega ou remessa de mercadoria ou bem originários do exterior com destino a estabelecimento ou pessoa diversos daqueles que a tenham importado, arrematado ou adquirido em licitação promovida pelo Poder Público." (NR);

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; (...)." (NR);

A redação do artigo 75, inciso X, da Lei nº 6.374/89 passou a ser a seguinte, *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."
 (Grifei)



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

CÂMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 14 - 556.971/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Das hipóteses previstas no dispositivo supra, nenhuma delas vislumbro presente *in casu*.

Regulamentando a Lei Complementar nº 105/2001, o Decreto nº 54.240, de 14.04.2009, dispôs, em seus artigos 2º, 3º e 4º, o seguinte, *verbis*:

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 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;



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

CÂMARA
6ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT 64 - 556.971/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

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.

Neste sentido, cumpre-me transcrever a ementa do seguinte julgado, *verbis*:

Agravo de Instrumento nº 9111815000
Relatora: Teresa Ramos Marques
Comarca: São Paulo
Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público
Data do Julgamento: 25.05.2009
Registro: 29.06.2009

Ementa: TRIBUTOS ICMS - AIMM - Anulatória - Quebra de Sigilo - Operadoras de cartão de crédito - Instituições financeiras - Levantamento fiscal - Tutela antecipada - Possibilidade: Somente no curso do procedimento administrativo a lei federal hierarquicamente superior autoriza a quebra do sigilo das informações contidas nos registros das instituições financeiras, sem prévia autorização judicial. - Patente a verossimilhança das alegações, o perigo da demora e a reversibilidade da tutela, sua antecipação não pode ser negada.

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



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA

6ª JULGADORA

PROCESSO Nº

DRT 01 - 556.971/2011

RECURSO

RECURSO ORDINÁRIO

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.

Assim, diante do acima exposto, **CONHEÇO** o Recurso Ordinário interposto pela Autuada para, no mérito lhe **DAR PROVIMENTO**, cancelando o AIIM exordial.

É assim que voto, sob censura de meus Pares.

São Paulo, 17 de novembro de 2011

ROSANA UGOLINI BENATTI

Juíza com Vista

mantenho meu voto.

ROSE SOBRAL

A COMPANHIA A DRA. ROSÉ

PASQUAL TOTARO

*voto com a dra. Rosana Ugolini e
meu sentido de cumprir o meu voto.*

RENVAL FERRAZ BARRETO
- Presidente