



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA	PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 248 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Advogado Tributarista RG nº 11.687.199-3
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA	AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	

Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

I. RELATÓRIO

2- O Contribuinte epigrafado foi autuado sob a acusação de:

I. INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO:

1. Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 531.127,98 (quinhentos e trinta e um mil, cento e vinte e sete reais e noventa e oito centavos), nos períodos de apuração das competências de Janeiro/2006 a Novembro/2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00 (aprovado pelo Decreto 45.490/00), conforme demonstrativos constantes dos Anexos I-A, I-C, II-A, III-A, V-A e VI, juntados às folhas de nº 10 ao nº 35, respectivamente. O movimento real tributável **foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito**, de acordo com disposto no inciso X do artigo 75 da Lei nº 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei nº 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT-87/06. A apuração das diferenças mensais de levantamento foi feita conforme descrito no Relatório Circunstanciado em anexo e, sobre estes valores, foi calculado o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento).

INFRINGÊNCIA

Arts. 58, arts. 87, arts. 215, arts. 223, art. 253, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA

Art. 527, inc. I, alínea "a" c/c §§ 1º e 10º, do RICMS/00 (Dec. 45490/00)

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



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA	PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 249 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Advogado Inscrição RO nº 11.098793/3	
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA	AIIM 3142829-0, de 22/11/2010		
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

INFRINGÊNCIA

Arts. 58, arts. 87, arts. 215, arts. 223, art. 253, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA

Art. 85, inc. I, alínea "a" c/c §§ 1º e 10º, da Lei 6.374/89

3- Foram acostados os documentos de fls. 3/224, documentos estes que integram e escoltam o presente AIIM.

4- O contribuinte tempestivamente apresentou defesa de fls.228/236, ressaltando, em preliminar, cerceamento de defesa, porquanto o AIIM se baseou em prova emprestada, produzida por terceiro, sendo que essa prova não foi sequer apresentada a Defendente. No mérito, afirmou que o auto foi lavrado por presunção, pois não recebeu cópia dos extratos apresentados pelas operadoras de cartões de crédito, assim, os dados apresentados pelo fiscal não foram objeto de levantamento e sim de mera presunção deste, especialmente porque não houve contagem de estoque e, dessa forma, não restou provada a saída física das mercadorias. Logo, as saídas foram consideradas com base em mera presunção, pugnando pela improcedência do AIIM.

5- De fls. 243 a 247, o Fisco se manifestou, pugnando pela procedência do feito.

6- Ato contínuo, os autos foram encaminhados a este órgão julgador.

É o relatório. Vistos, etc. Fundamento e decido.

II. FUNDAMENTAÇÃO

7- De início, é de realçar a aplicação, ainda que supletivamente, das disposições do § 2º do artigo 249 do Código de Processo Civil, porquanto a decisão de mérito favorece a parte a quem, em tese, aproveita as declarações de nulidades eventualmente suscitadas. Posto de outra forma, e melhor esclarecendo, se, no mérito, a decisão favorece a contribuinte, não se há de examinar, porquanto desnecessário, eventuais preliminares ou nulidades por ele aventadas.

8- No entanto, apenas à guisa de observação, bem é de ver que a narrativa atinente ao relato da infração não diz, especificamente, o valor do tributo que, supostamente, deixou de pagar o contribuinte, o que, em princípio, está em dissonância com o art. 142 do CTN, pode configurar nulidade no que tange à determinação da matéria tributável e ao montante do tributo devido.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 250
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Juiz de Direito RG nº 11.487.194-3
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

9- Pois bem. Na hipótese vertente, a acusação está umbilicalmente ligada a supostas diferenças apuradas por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. **Operação denominada cartão vermelho.**

10- De imediato, se, de um lado, há controvérsia quanto à possibilidade, em âmbito administrativo, de apreciação, em controle difuso de constitucionalidade, de argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; de outro, **não há a menor dúvida de que os órgãos administrativos de julgamento devem, por injunção legal e constitucional, observar o entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal** acerca de matérias postas em análise que passaram pelo crivo da Corte Suprema.

11- Demais disso, não é razoável fechar os olhos para o que vem decidindo a Suprema Corte, até porque seria grande a possibilidade de violação aos princípios da celeridade, economia processual e segurança jurídica.

12- Importante frisar que não se trata de afastar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade, o que é, parcialmente, vedado pelo art. 93 do Decreto n. 54.486/2009, mas apenas e tão-somente de se fazer o juízo (raciocínio lógico e conclusivo) de adequabilidade do ato administrativo (AIIM) à ordem constitucional e à infraconstitucional.

13- Muito bem. **As provas são meios destinados à caracterização dos fatos articulados pelas partes no processo**, que servem como fundamento para justificar as suas respectivas pretensões. Em seus arrazoados, cada litigante apresenta os fatos de maneira consonante com seus interesses, e quando esses fatos são controvertidos, surge a necessidade de se fazer a prova da sua ocorrência, como pressuposto para acolhimento de sua tese (de procedência ou de improcedência da pretensão).

14- É o Código de Processo Civil que disciplina, de maneira mais completa, o nível de admissibilidade das provas, adotando um critério bastante flexível. O art. 332 do Código aponta que **todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa**. Assim, assimila a norma processual comum um critério aberto, **permitindo ao aplicador concreto do direito o uso de qualquer meio probatório**, mesmo sem que haja especificação ou tipificação legal a esse respeito. Os limites para esse uso são estabelecidos pelo próprio aplicador, a quem compete formular o juízo de admissibilidade segundo o paradigma legal (“meios moralmente legítimos”), o que pode, naturalmente, variar de um para outro.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 251 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Assessor Jurídico RG nº 11.245.194/3
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

15- A temática pertinente à **prova também encontra ressonância no sistema constitucional brasileiro**, que reserva vários dispositivos para disciplinar os chamados **princípios constitucionais de processo**, situados como **verdadeiras garantias fundamentais**: tanto é assim que sua disciplina está situada no art. 5º. da Carta, juntamente com outros direitos dessa mesma natureza.

16- Assim, **o inciso LVI de tal artigo aponta como inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos**, criando mais um elemento limitador do uso probatório por parte do aplicador. Dessa forma, **a ilicitude na obtenção da prova a desqualifica para o uso processual, diante do vício na origem do ato**. Ressalte-se que o tema é, por diversas vezes, tratado de maneira imprópria, pois não é incomum falar-se em “prova ilícita” ao tratar da restrição constitucional. **Todavia, a ilicitude capaz de contaminar a prova não recai sobre ela, em si, mas sim sobre os meios usados para sua obtenção**. Essa distinção é importante visto que, pelo critério analisado, **embora possa ser a prova ilícita, o meio ilícito eventualmente utilizado para sua obtenção é quem restringe seu uso**.

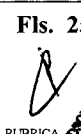
17- Em tal contexto, é de fundamental importância identificar-se o que seria, à luz desse dispositivo constitucional, **uma prova ilicitamente obtida**. A rigor, o preenchimento desse conceito nos leva à compreensão de que ele abarca todas as condutas que afrontem preceitos normativos de direito material ou processual e também aquelas que resultam na ofensa a garantias fundamentais asseguradas pela própria Constituição, como, p.ex., **o sigilo de comunicações e correspondências; a intimidade e a vida privada do indivíduo; a inviolabilidade do domicílio, dentre outras**.

18- No entanto, **há que se ter uma especial cautela na interpretação dos fatos que realmente representariam essa violação a garantias fundamentais**. Isso porque uma análise superficial do tema pode levar a conclusões equivocadas sobre esse possível caráter ilícito do meio utilizado. O exemplo mais eficaz para ilustrar esse tema situa-se na gravação de conversas telefônicas mantidas entre duas ou mais pessoas. Em primeira análise a tendência do intérprete é a de reconhecer que essa prática representaria a utilização de meios ilícitos para aquisição da prova. No entanto, não é assim que tem entendido o STF, ao menos em parte das situações. Com efeito, o entendimento da Corte Superior está sedimentado no sentido de somente reconhecer a ilicitude na prática de apreensão da prova quando a gravação é feita por terceiro, teoricamente alheio à conversa. Nesse caso, sua prática ilícita não se situa na gravação, em si, mas no fato de estar violando o sigilo de comunicação entre outras pessoas (interceptação telefônica).

19- Essa a razão diferencial para não se considerar ilícita a prática de se gravar conversa telefônica da qual o próprio interlocutor participa. Nesse caso, **não há ilicitude porque a**



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA	PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 252
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA	AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Advogado - OAB/SP nº 117.089/794-3

Valor de Face 89.320,48 UFESPs Apartado Não (X) Sim ()

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

suposta violação se dá por quem participou efetivamente do diálogo. Logo, não houve lesão ao sigilo das comunicações: o que se tem é que um dos participantes dessa comunicação decidiu documentá-la em documento sonoro e/ou visual. Desse singelo exemplo se nota que, a configuração da ilicitude do meio de aquisição da prova decorre estritamente da prática ou não de atos vedados pelo ordenamento jurídico e não necessariamente considerados condenáveis sob o ponto de vista ético. Logo, se não existe valor jurídico a ser preservado com a conduta, não se pode afirmar que a prova foi obtida por meio indevido.

20- Com relação ao aproveitamento da prova obtida por meio ilícito, existem, essencialmente, três posicionamentos antagônicos, que agrupam, cada qual deles, as diversas teses que o assunto admite.

21- A primeira tem como pressuposto o reconhecimento de que a prova guarda autonomia em relação à fonte da qual é produzida. Com esse entendimento, há desvinculação causal entre a prova e os meios pelos quais foi obtida, de modo que, ainda que sejam estes ilícitos, não são capazes de contaminar a prova colhida. Trata-se da fórmula também conhecida como “male captum, bene retentum”, cujo significado literal seria “mal colhida, mas bem conservada”. Por essa teoria, os valores socialmente perseguidos justificariam que, especialmente diante da prática de crimes, seria aceitável o uso de provas ilicitamente obtidas para fundamentar a condenação do réu, em razão da necessidade de se reprimir condutas desaprovadas pela sociedade e tipificadas pela lei penal. O argumento principal em prol dessa teoria é relacionado ao interesse da Justiça e da sociedade em ver punido o infrator, o que seria suficiente para suprimir da prova o seu caráter ilegal. É a tese adotada pelo Fisco (fls. 71/75).

22- Em um sentido diametralmente oposto situam-se os que rejeitam por completo o uso das provas obtidas por meios ilícitos. São os adeptos da chamada teoria da ilicitude por derivação, que também recebem o nome de teoria dos frutos da árvore envenenada, para quem o uso de meio não-lícito para obtenção de provas macula por completo a possibilidade de sua utilização, em razão da contaminação que ela sofre em virtude da irregularidade na aquisição. Para estes, a ação persecutória do Estado não pode ser sustentada, em nenhuma hipótese, em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal. Tal pensamento rechaça por completo a fórmula anterior, qualificada como autoritária, porque permite o atropelamento de garantias fundamentais em prol da função punitiva do Estado. Essa linha de pensamento é a que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem interpretado que “a Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 253 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Assessor Tributário RG nº 11.851.739-3
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-08, 2ª Turma, DJE de 1º-8-08). É, portanto, a tese do STF.

23- Por fim, uma terceira linha de pensamento tem adotado uma posição intermediária entre as duas anteriormente expostas. Para os que assim advogam, a ilicitude do meio usado para coleta da prova não pode, em caráter preliminar, vedar o seu uso do mundo processual, devendo ser feita uma análise casuística do problema, a fim de se identificar a possibilidade ou não de se assim proceder. Para os que assim entendem, apenas as peculiaridades do caso concreto poderão estabelecer o melhor caminho a se traçar, tanto para se chegar ao afastamento da proibição, quanto para se concretizar a vedação das provas ilícitas no processo, independentemente do tipo de violação realizado para que fossem alcançadas. Nessa concepção, o intérprete deve se orientar pelas dimensões e particularidades do caso concreto, buscando a solução mais apropriada segundo os preceitos de proporcionalidade de razoabilidade, como critérios para resolução de colidência de direitos fundamentais. É a tese adotada por alguns julgadores tributários.


24- Por certo que o debate complexo sinteticamente reproduzido é fomentado pelo fato de os exemplos mais evidentes envolverem matéria criminal, cujos fundamentos naturalmente encontram ressonância sociopolítica mais intensa.

25- Insta sublinhar, nessa moldura, que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação, porquanto apenas se decidiu que, *verbis*: “*Tratando-se do acesso do Fisco às movimentações bancárias de contribuinte, não há que se falar em vedação da exposição da vida privada ao domínio público, pois isso não ocorre. Os dados ou informações passam da instituição financeira ao Fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público*” *E arrematou: “o que acontece não é a quebra de sigilo, mas a transferência de sigilo que passa dos bancos ao Fisco. Assim, a ministra considerou que os dados até então protegidos pelo sigilo bancário prosseguem protegidos, agora, pelo sigilo fiscal”* (Rel. Min. Ellen Gracie, 24-11-2010)

26- Ou seja, a recente decisão do STF não dá a entender que o Fisco possa se utilizar dos dados bancários em procedimento Fiscal, porquanto seguem acobertados pelo sigilo fiscal.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 254 
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Juiz de Direito RG nº 11.487.934-3
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

27- Pois bem. Sob o prisma constitucional, a questão posta em exame suscita algumas reflexões em torno do tema pertinente ao alcance da norma inscrita no artigo 5º, X, XII, da Constituição, que, ao consagrar a tutela jurídica a intimidade, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...) (grifei).

28- Como consabido, o direito fundamental à intimidade --- que representa importante manifestação dos direitos da personalidade --- qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de espaço indevassável destiná-la a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada.

29- Daí a correta advertência feita por CARLOS ALBERTO DI FRANCO, para quem “Um dos grandes desafios da sociedade moderna é a preservação do direito à intimidade. Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade de privacidade que o cerca”.

30- Por isso mesmo, a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade (MS 23.669-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), pois este, na abrangência de seu alcance, representa o “direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada” (HANNAH ARENDT).

31- É certo que a garantia constitucional da intimidade não tem caráter absoluto. Na realidade, como já decidiu a Suprema Corte, “não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição”. (MS 23.452/RJ). Isso não significa, contudo, que o estatuto constitucional das liberdades públicas --- nele compreendida a garantia fundamental da intimidade --- possa ser arbitrariamente desrespeitado por qualquer órgão do Poder Público.

32- Nesse contexto, põe-se em evidência a questão pertinente ao sigilo bancário, que, ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional da privacidade, protege a esfera da intimidade financeira das pessoas.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 255
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	RUBRICA
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

33- **A tutela jurídica da intimidade constitui --- qualquer que seja a dimensão em que se projete --- uma das expressões mais significativas em que pluralizam os direitos de personalidade.** Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo --- e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público --- uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado (MS 22.801/DF, CELSO DE MELLO).

34- **Sendo assim, impõe-se o deferimento da quebra de sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providência essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação estatal, desde que – consoante adverte a doutrina – não exista “nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos** (IVES GANDRA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES), “Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade, in Repertório IOB de Jurisprudência n. 24/92 – 2ª. quinzena de dezembro de 92)

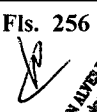
35- Nessa perspectiva, impõe-se enfatizar o entendimento do E. STF: **“Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos do Poder Judiciário dispõe do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de autoridade administrativa, interferir, indevidamente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas o Judiciário, Senhora Presidente, ressalvada a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito (RTJ 173/805-810,808), pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.** (MS 22.801/DF, CELSO DE MELLO). (GRIFEI)

36- Em arremate, o eminente Ministro asseriu: **“Sendo assim, Senhora Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a decretação de quebra de sigilo bancário, pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial,** sem o que não se impõe à instituição financeira o dever de fornecer, legitimamente, as informações que lhe tenha sido requisitadas, ainda que tal requisição haja emanado do E. Tribunal de Contas da União, (MS 22.801/DF, CELSO DE MELLO, DEZ/2007). (GRIFEI)

37- Nesse sentido, rememorou ainda o eminente Ministro que **o STF não tem admitido a utilização, contra quem quer que seja, de provas ilícitas,** enfatizando a doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), a questão da ilicitude por derivação. **Detalhe: decisão posterior a Lei Complementar 105/2001.**



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA	PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 256 
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA	AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA RG nº 12.487.199-3

Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

38- Sendo assim, sob o prisma constitucional, sob a perspectiva da segunda teoria acima mencionada, o AIIM em foco não merece manutenção. No entanto, melhor sorte não assiste ao Fisco também sob o prisma infraconstitucional, sob a perspectiva da terceira teoria.

39- Muito bem. Desde já, cumpre-se atentar que o parágrafo 1º do artigo 34 da Lei nº 13.457/09 determina que o auto de infração deve ser instruído com documentos, demonstrativos e demais elementos materiais comprobatórios da infração. Por consequência, na hipótese de as provas que instruem o AIIM, terem sido obtidas por meios contrários ao que disciplina a legislação de regência, certamente não há como subsistir o processo de constituição do crédito tributário, por carência de elementos probatórios válidos. Nesse sentido, a fim de sanar a questão preliminar levantada pelo Patrono da Autuada, é necessário aferir a validade do procedimento e das provas apresentadas pelo Agente Autuante.

40- Todavia, primeiramente, cumpre-se analisar a evolução histórico-legislativa do tema. A Lei Complementar nº 105/01 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Em seu artigo 1º, deixou claro o legislador, que as administradoras de cartões de crédito, para os fins nela previstos, são equiparadas às instituições financeiras e, no artigo 5º, esclarece que as operações com cartão de crédito são consideradas operações financeiras. Vejamos:

LEI COMPLEMENTAR Nº 105 DE 2001

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

(...)

VI – administradoras de cartões de crédito;”

“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.(Regulamento)

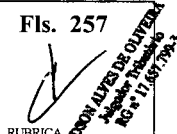
§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

(...)

XIII - operações com cartão de crédito;”



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 257
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Juiz de Direito DTJ-1-UJ-OSASCO
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

41- Assim, pode-se considerar ultrapassada a discussão a respeito da natureza jurídica das operações com cartão de crédito, já que o diploma legal supra reproduzido não dá azo a interpretações subjetivas. Resta agora buscar na legislação a delimitação dos meios segundo os quais o fisco pode alcançar os dados oriundos de operações com cartão de crédito. Desta forma será possível caminhar no mesmo sentido da conclusão da validade, ou não, das provas carreadas aos autos.

42- Na própria Lei Complementar nº 105/01, em seu artigo 1º, § 3º, ficou claro que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações relativas a operações com cartão de crédito, desde que nos termos e condições estabelecidos. Observe:

LEI COMPLEMENTAR Nº 105 DE 2001

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.”(Destaque acresc.)

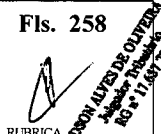
43- Perlustrando o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 pode-se facilmente compreender que, as autoridades e os agentes fiscais tributários do Estado somente podem examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames são considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Analise:

LEI COMPLEMENTAR Nº 105 DE 2001

“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (Regulamento)



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA	PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 258
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA	AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA AG.º 11.081.1943

Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

Parágrafo único. **O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.**

44- Nesse exato alcance o legislador do Executivo, regulamentando a Lei Complementar supra, por meio do Decreto nº 54.240, de 14/04/2009, determinou em seus artigos: 2º, 3º e 4º:

“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 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;



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 259
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Advogado - OAB/SP nº 11.587.798-3
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

IV - motive o pedido, **justificando** a necessidade das informações solicitadas.” (destaque acresc.)

45- Fica claro, portanto, que desde o início da vigência da Lei Complementar 105/2001, as informações financeiras, consistentes nas informações oriundas das operações de cartão de crédito, **tornou-se obrigatório o prévio processo ou procedimento administrativo**, meios devidamente explicitados quando da edição do decreto nº 54.240/2009.

46- Contudo, no meio tempo entre a publicação da Lei Complementar supra e a edição do Decreto regulamentador, foram inseridas no ordenamento a Lei Ordinária Paulista nº 12.294/2006, alterando a redação do inciso X do artigo 75 da Lei nº 6.374/89, e a Portaria CAT-87/2006. Esses instrumentos dispunham tão-somente acerca da obrigatoriedade de fornecimento das informações pelas operadoras de cartão de crédito, a respeito das operações procedidas pelos contribuintes do ICMS no estado de São Paulo. Tal obrigatoriedade, entretanto, não deve servir de pretexto para se burlar os requisitos impostos pela própria Lei Complementar e, posteriormente, pelo Decreto nº 54.240/2009 e Portaria CAT 12/2010.

47- Ocorre que “*in casu*” a Autoridade Autuante fundamentou a colheita de suas provas nesses dispositivos legais, deixando de respeitar os expressos ditames da Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 54.240/2009, ainda que todo o procedimento por ela patrocinado tenha se iniciado posteriormente à publicação do Decreto regulamentador que, retome-se, passou a produzir efeitos em 14.04.2009.

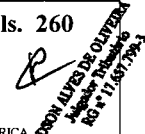
48- Como se pode ver tanto a Lei Complementar nº 105/2001 quanto o Decreto nº 54.240/2009 são claros quanto à **necessidade de prévio procedimento administrativo junto ao contribuinte** para que as informações sejam requisitadas e, por conseguinte analisados, os dados provenientes das operações com cartão de crédito e débito.

49- No que tange ao procedimento de fiscalização, para efeito de se considerar a sua instauração é necessário observar também o disposto no artigo 9º da Lei Complementar estadual nº 939/2003:

LEI COMPLEMENTAR Nº 939/2003



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 260
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA RG nº 11.587.194-3
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

“Artigo 9º - A execução de trabalhos de fiscalização será precedida de emissão de ordem de fiscalização, notificação ou outro ato administrativo autorizando a execução de quaisquer procedimentos fiscais, exceto nos casos de extrema urgência, tais como flagrante infracional, continuidade de ação fiscal iniciada em outro contribuinte ou apuração de denúncia, nos quais adotar-se-ão de imediato as providências visando a garantia da ação fiscal, devendo nesses casos a ordem de fiscalização, notificação ou outro administrativo ser emitido no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

Parágrafo único - A ordem de fiscalização, a notificação ou o ato administrativo referido no "caput" conterà a identificação dos Agentes Fiscais de Rendas encarregados de sua execução, a autoridade responsável por sua emissão, o contribuinte ou local onde será executada, os trabalhos que serão desenvolvidos e o número do telefone ou endereço eletrônicos onde poderão ser obtidas informações necessárias à confirmação de sua autenticidade. “ (destaque acresc.)

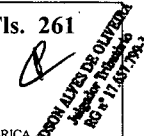
50- Restou incerto nestes autos que a obtenção das informações relacionadas às operações com cartão de crédito e débito não foi precedida sequer do Ofício Circular DEAT nº 40/2009. Somente após a posse dos dados é que o Contribuinte foi notificado, conforme a própria Notificação (fls. 10, de 16/08/2010) especifica: “... fica o Contribuinte acima cientificado de que a Secretaria da Fazenda tem em seu poder os dados relativos às operações efetuadas por seu estabelecimento cujo pagamento se deu através de cartões de crédito e de débito, fornecidos pelas empresas administradoras dos cartões...”, em uma clara inversão do que fora preceituado pela Lei Complementar 105/2001, Decreto nº 54.240/2009 e na Lei Complementar Estadual nº 936/2003.

51- Ainda sob tal foco, cumpre destacar que a matéria aqui discutida tem sido tratada com merecida atenção do legislador executivo, tanto que, em 29.01.2010, foi publicada a **Portaria CAT 12**, que disciplina o procedimento que deve ser observado para a requisição e fornecimento de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, nas hipóteses previstas no Decreto 54.240/2009. Preocupou-se o legislador em padronizar a proposta de requisição de informações financeiras – RIF e delimitar a atuação do fisco, em conformidade com as imposições legais. Senão confira:

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



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 261
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Juiz de Direito DTJ-1-UJ-OSASCO
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

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

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

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

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

Art. 3º - Compete ao Agente Fiscal de Rendas - AFR responsável pelo processo administrativo ou pela execução do procedimento de fiscalização em curso elaborar proposta de requisição de informações, conforme modelo constante do Anexo I, que deverá conter: (...)” (destaque não constante no original)

52- Mister salientar, outrossim, que o AIIM foi lavrado em 31.03.2010. Ou seja, posteriormente, ao início de vigência do Decreto nº 54.240/2009 e da Portaria CAT 12-2010.

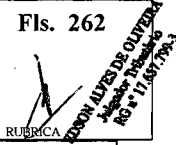
53- Assim, sob a perspectiva da terceira teoria, a adotada no momentos das diligências, o AIIM também não se sustém.

54- Demais de todo o exposto acima, entendemos que a melhor solução é, realmente, aquela que veda por completo o uso das provas ilicitamente obtidas. Assim compreendemos não somente pelo fato de que o Supremo, como guardião constitucional, tem afirmado sistematicamente essa forma de interpretar o dispositivo maior, mas também em razão de compreendermos que não cabe usarmos o princípio da proporcionalidade, nesta hipótese, eis que já há uma prévia determinação, pela própria Constituição, do valor jurídico a ser preservado. O critério sustentado pela terceira corrente só valeria em situação real de colidência de normas constitucionais, mas em nosso entender, esse conflito não existe no caso, eis que a deliberação expressa da Carta de 88 foi no sentido da rejeição da prova ilicitamente colhida, elemento que, de plano, suplanta qualquer outro preceito, ainda que igualmente fundamental.

55- No mesmo diapasão, como se tem reiteradas vezes proclamado nos nossos tribunais, com remissão às boas lições de **CHAIM PERELMAN** e do **Professor MIGUEL REALE**, a aplicação do direito se faz através da chamada "**lógica do razoável**" ou do "provável", a fim de se compreender "a experiência social em geral e a jurídica, em particular, segundo juízos de valor



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 262
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Advogado - OAB/SP nº 117.087/1993
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

subordinados à categoria do razoável e não segundo os esquemas da lógica formal". Vale dizer: não se julga questão jurídica pelas regras cartesianas, pois o que importa para o Direito é o argumento verossímil, extraído da razoabilidade das relações humanas, para as quais a sensibilidade do homem médio tem importante significância.

56- Ainda nessa moldura, cumpre ter presente que, por imposição legal (art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo), a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

57- Destarte, com todo o respeito, a exigência contida no r. AIIM pode, em tese, extrapolar o âmbito da razoabilidade. De fato, é nesse incontestável relativismo que atua a norma de direito, para obrigar o que é razoável exigir.

58- Com efeito, se, de um lado, o julgador deve adotar exegese compatível com a garantia constitucional do acesso à justiça, guiando-se pelo bom senso na interpretação do contexto fático/probatório, formando o seu livre convencimento; de outro, não pode se dissociar da realidade em que se insere nem do componente de razoabilidade com o qual deve ser aplicada.

59- Forte em tais lineamentos, à vista de todo o exposto, obtempero que a decisão mais consentânea com a essência dos autos é, inexoravelmente, no sentido de que o AIIM em escrutínio não merece manutenção.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
TRIBUNAL DE IMPOSTO E TAXAS - TIT
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO - DTJ-1-UJ - OSASCO

PARTES LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA SECRETARIA DA FAZENDA		PROCESSO 1000181-862050/2010	Fls. 263 RUBRICA EDSON ALVES DE OLIVEIRA Assessor Tributário RG nº 17.857.796-3
JULGADOR EDSON ALVES DE OLIVEIRA		AIIM 3142829-0, de 22/11/2010	
Valor de Face	89.320,48 UFESPs	Apartado	Não (X) Sim ()
ICMS - acusação de deixar de pagar o ICMS por meio de levantamento fiscal com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito. Operação cartão vermelho. Sob o prisma constitucional, infidelidade as limitações impostas pela Lei Fundamental. Ilicitude da prova obtida no curso das diligências estatais, conforme entendimento do excelso STF. Insta sublinhar que a recente decisão do STF (de 25/11/2010), a nosso ver, não alterou a teoria adotada pela Corte Suprema, a da ilicitude por derivação. Melhor sorte não assiste ao Fisco no plano infraconstitucional. AIIM julgado improcedente.			

III. DISPOSITIVO

60- Pelo exposto e mais nos autos contido, consoante proposição nos termos do artigo 142 do CTN, julgo **IMPROCEDENTE** "in totum" as acusações ínsitas ao AIIM exordial (AIIM nº 3.142.829-0, de 22/11/2010), por corolário, anulo a multa, bem como o imposto por ele exigidos.

61- Em virtude da decisão contrária à Fazenda Pública ser superior a 5000 UFESPs, nos termos do art. 111 do Decreto nº 54.486/2009, impõe-se interpor **recurso "ex officio"**, ou, como entende boa parte da doutrina, fazer a **remessa oficial** ao Egrégio TIT/SP, não sem antes passar pela Representação Fiscal Regional da DTJ/1 para as providências atinentes à espécie.

Encaminhe-se ao E. TIT/SP, passando antes pela Representação Fiscal Regional da DTJ/1 para as providências cabíveis.

UJ-Osasco, 17 de fevereiro de 2010.

Edson Alves de Oliveira
Julgador Tributário

RFR/1
E.TIT/SP

31428290_18022011_DF.pdf

Intime-se a Fazenda Pública

Fernando C. Pompéo de Camargo
Chefe da UJ-Osasco
R.G: 12.478.007-6