



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT14-82840-2011

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	FOCOS ROUPAS E ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR(A)	GIANPAULO CAMILO DRINGOLI	AIIM	3.145.406.9	S. ORAL	SIM

EMENTA

ICMS

- **FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO APURADO POR LEVANTAMENTO FISCAL**

Não há nulidade a ser declarada. Não restou caracterizado qualquer cerceamento de defesa. Essa mesma alegação foi rejeitada pelas decisões precedentes. A Recorrente é detentora de todos os documentos fiscais que embasaram a presente autuação.

MÉRITO

O procedimento fiscal destes autos iniciou-se com a notificação das administradoras de cartão de crédito e de débito para fornecimento de informações necessárias ao exercício do direito de a administração tributária fiscalizar o contribuinte do imposto. Essas informações não caracterizam quebra de sigilo, por se referirem ao faturamento da Recorrente, informado previamente ao fisco mediante GIA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
Artigos 58, 87, 215, 223 e 253 do RICMS (Decreto 45.490/2000).	Art. 527, I, "a", do RICMS/2000.

RELATÓRIO

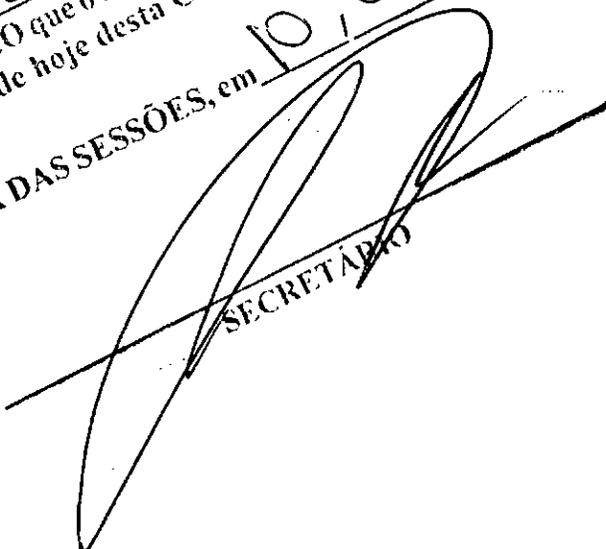
Trata-se de recurso especial, interposto pelo Contribuinte, contra decisão de recurso ordinário, que manteve as exigências fiscais destes autos.

2. A acusação refere-se à falta de pagamento do imposto apurado por levantamento fiscal relativo aos exercícios de 2006, 2007 e 2008, com base nas informações fornecidas pelas administradoras de "cartão de crédito ou débito".
3. Inconformado, o Contribuinte interpõe recurso, baseado nos seguintes argumentos:
 - 3.1 Necessidade de instauração prévia de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso;
 - 3.2 Cerceamento de defesa, pela não entrega de todos os documentos fiscais que embasaram a autuação;
 - 3.3 O levantamento fiscal não teria levado em consideração a autonomia

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA SUPERIOR

SUSTENTAÇÃO ORAL
CERTIFICO que o interessado NÃO compareceu
à Sessão de hoje desta Câmara.

SALA DAS SESSÕES, em 10 / 05 / 2013


~~SECRETÁRIO~~



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT14-82840-2011

RECURSO
ESPECIAL

dos estabelecimentos;

3.4 Autuação baseada em presunção;

3.5 Pede o provimento de seu recurso;

3.6 Requer **sustentação oral** (fl. 929, Lei 13.457/09).

4. A representação fiscal em contrarrazões pugna manutenção do acórdão recorrido, pedindo o não provimento do apelo.
5. É a síntese do necessário.

VOTO

6. Não há nulidade a ser declarada.
7. O acórdão recorrido está devidamente fundamentado no que se refere à matéria de fato e de direito, e não deixou de apreciar nenhuma alegação de defesa relevante da Recorrente.
8. Não restou caracterizado qualquer cerceamento de defesa. Essa mesma alegação foi rejeitada pelas decisões precedentes.
9. O acórdão recorrido afirma que a Recorrente é detentora de todos os documentos fiscais que embasaram a presente autuação.
10. Para evitar repetições desnecessárias e enfadonhas, deve-se adotar as mesmas razões do voto condutor da decisão recorrida (fls. 884/885) para afastar a mesma alegação de nulidade reiterada neste recurso especial.
11. Não houve qualquer prejuízo ao direito de ampla defesa da Recorrente.
12. No mérito, não merece melhor sorte a Recorrente.
13. Ainda que tenha sido efetivamente demonstrada a necessária divergência de interpretação da legislação tributária de que trata o artigo 49 da Lei 13.457, de 2009, possibilitando o conhecimento de seu apelo, a interpretação da legislação tributária adotada no acórdão recorrido merece ser prestigiada.
14. No tocante à suposta nulidade do procedimento fiscal efetuado pelo fisco, pelo fato de as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e de débito terem sido supostamente fornecidas antes de iniciado o procedimento fiscal relativo a estes autos, não assiste razão à Recorrente.
15. O procedimento fiscal relativo a estes autos se iniciou com a notificação e consequente coleta das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e débito.
16. O § 1º do artigo 2º do Decreto 54.240, de 2009, estabelece o momento em que se considera iniciado o procedimento fiscal:



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT14-82840-2011**

**RECURSO
 ESPECIAL**

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.

17. Estando as referidas administradoras submetidas ao poder de fiscalização da administração tributária paulista, conforme estabelece o inciso X do artigo 75 da Lei 6.374, de 1989, a notificação para o fornecimento das informações já está dentro do contexto do procedimento fiscal em curso. Vale a pena reproduzir esse dispositivo da Lei paulista do ICMS:

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; (Inciso acrescentado pela Lei 12.294/06 de 06-03-2006; DOE 07-03-2006; Efeitos a partir de 07-03-2006

(...)

18. Portanto, nesse sentido, não se poderia entender que as informações foram fornecidas antes de iniciado o procedimento fiscal, que se inicia com a própria notificação das administradoras de cartão de crédito e de débito para o fornecimento dessas informações.
19. De outra parte, não se trata de informações que não eram do conhecimento do fisco, na medida em que a própria Recorrente informou o valor de seu faturamento mediante a entrega da Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA.
20. Por essa razão, ainda que se entenda que o procedimento fiscal se inicie com a notificação do contribuinte a ser fiscalizado, não há como sustentar ter havido quebra de qualquer sigilo de informações fornecidas por instituição financeira, conforme alega a Recorrente.
21. Com efeito, ainda que a Lei Complementar 105, de 2001, artigo 1º, § 1º, considere a administradora de cartão de crédito uma instituição financeira e, por essa razão, suas informações estejam submetidas ao sigilo inerente a essas instituições, tratando-se de informação regularmente fornecida pelo contribuinte do imposto, mediante GIA, e necessária ao exercício do legítimo direito de a administração tributária fiscalizá-lo, não houve fornecimento de informação que



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

**CÂMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT14-82840-2011**

**RECURSO
 ESPECIAL**

não fosse do conhecimento prévio do próprio fisco.

22. Tanto é assim que, o que se discute nestes autos é exatamente a diferença entre os valores declarados pela Recorrente e os valores fornecidos pelas administradoras de cartões de créditos e de débitos.
23. Com efeito, entende-se ter havido quebra de sigilo, na hipótese de fornecimento de informação que não era do conhecimento prévio de quem a solicitou.
24. Nunca é demais lembrar que o próprio fisco está submetido ao sigilo fiscal, sendo-lhe vedado tornar pública a informação obtida decorrente de seu dever de ofício. Assim, por mais essa razão, não se sustenta o argumento de que teria havido nulidade do lançamento, por quebra de sigilo.
25. No que se refere ao fato de que não foram efetuados os levantamentos fiscais individualizados para cada estabelecimento da Recorrente, não se pode conhecer dessa alegação, por não ter sido indicada nenhuma decisão a confronto para suportar a tese relativa à suposta autonomia dos estabelecimentos.
26. A estreita via do recurso especial não pode se transformar em terceira instância, pois se destina exclusivamente à uniformização da jurisprudência administrativa. Nesse sentido, o conhecimento da matéria devolvida à apreciação desta Colenda Câmara Superior depende necessariamente da demonstração da necessária divergência de interpretação da legislação tributária, suportada por paradigma apto.
27. Sem a necessária indicação de acórdão proferido por qualquer das Câmaras deste E. Tribunal, no mesmo sentido da tese defendida pela parte interessada, resta impossível a apreciação da matéria alegada. Portanto, a tese da autonomia dos estabelecimentos em caso de levantamento fiscal não pode ser conhecida.
28. Diante de todo o exposto, e por estarem presentes seus requisitos de admissibilidade, **DEVE-SE CONHECER DESTE RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE**, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se a decisão de recurso ordinário.

TIT, 19 de maio de 2012.

GIANPAULO CAMILO DRINGOLI

Relator

A pedido dou vista ao processo a(o) SR.(a)
Celso A. FERREIRA
pelo prazo de 15 dias (Art. 028 do R.I.)
ficando adiado o julgamento. em 10/05/2012
SALA DAS SESSÕES em
[Signature]
Pres. do J.º



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

CAMARA
CS

PROCESSO Nº
DRT 14 828401/2011

RECURSO
Especial

RECORRENTE	FOCOS ROUPAS E ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA				
RECORRIDO	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO				
RELATOR	Giancarlo Camilo de Drigoli Vista Celso Alves Feitosa	AII M	3.145.406/2011	SO	SIM
EMENTA					
Falta de Pagamento de Imposto apurado em levantamento fiscal – Base – extratos de cartões de crédito – Sigilo Bancário -					

RELATÓRIO

A questão envolve o conhecido tema sobre a legitimidade ou não de tributação com fundamento em extratos de empresas de cartões de crédito e débito, onde o relatório apresentado deixa expresso todos os argumentos, com ênfase à arguição de invalidade do procedimento por falta de prévio procedimento administrativo.

A conclusão do relator se deu no sentido de que não havia nulidade a ser declarada, já que os documentos reclamados estavam em seu poder.

O procedimento tinha se dado com a notificação das administradoras de cartões de crédito e débito, o que não significava quebra de sigilo, pois se referiam as informações, ao faturamento da Recorrente.

Com relação à falta de individualização dos estabelecimentos, nenhum paradigma tinha sido trazido aos autos, daí o não conhecimento.

Assim resumiu o relator as questões postas. Diz que o recurso especial tinha por fundamento o seguinte:

- a) Necessidade de instauração prévia de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso;
- b) Cerceamento de defesa, pela não entrega de todos os documentos fiscais que embasaram a autuação;
- c) O levantamento fiscal não teria levado em consideração a autonomia dos estabelecimentos;
- d) A autuação baseada em presunção.

Pode-se afirmar que a matéria envolve sempre os mesmo temas, que podem ser assim resumidos:



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

CAMARA
CS

PROCESSO Nº
DRT 14 828401/2011

RECURSO
Especial

- a) a operação cartão vermelho tinha embasamento legal na Lei 6.374, Convênio ECF/98, Convênio ECF/01, Portaria CAT 87/2006;
- b) o levantamento fiscal pode usar qualquer base – meio indiciário – segundo o disposto no art. 509 do RICMS/00;
- c) as empresas de cartões de crédito não podem embaraçar a ação fiscalizadora, sendo obrigadas a exibir aos Fiscos os documentos, nos termos do fixado no artigo 494 do RICMS/00;
- d) os movimentos foram checados, tendo havido apuração das entradas relativas, tanto com relação à matriz como quanto à filial;
- e) a LC 105/01 não se aproveitava no caso, pois os princípios se aplicavam de acordo com o ordenamento jurídico, enquanto que empresas de cartões de crédito não eram instituições financeiras, vez que não reguladas pelo BC;
- f) havia base legal própria para a acusação;
- g) sem cerceamento de defesa.

Pedi vista dos autos depois de voto do ilustre relator Dr. Dringoli, para consignar voto em sentido contrário, segundo o que venho proferindo, como segue:

“

1. Partindo pelo exame da legislação, nego provimento ao recurso da Fazenda Estadual.

Art. 75, X, da Lei 6.374/89 – Da Administração Tributária

“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; (Inciso acrescentado pela Lei 12.294/06 de 06-03-2006; DOE 07-03-2006; Efeitos a partir de 07-03-2006),

passando pelo disposto no artigo 494, X do RICMS/00, assim redigido:



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

CAMARA
CS

PROCESSO Nº
DRT 14 828401/2011

RECURSO
Especial

Artigo 494 - Não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exhibir impressos, documentos, livros, programas e arquivos magnéticos relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo fisco (Lei 6.374/89, art. 75):

NOTA - V. DECRETO 54.240, de 14-04-2009 (DOE 15-04-2009). Regulamenta a aplicação do artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10-01-2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas.

NOTA - V. PORTARIA CAT-87/06, de 18-10-2006 (DOE 19-10-2006; Republicação 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

...

X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto (Lei 6.374/89, art. 75, X, acrescentado pela Lei 12.294/06, art. 2º, II); (Inciso acrescentado pelo Decreto 51.199 de 17/10/2006; DOE de 18/10/2006; efeitos a partir de 07/03/2006),

considerando o quanto da Portaria CAT 87/96, cuja redação assim registra:

"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> ;



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

CAMARA

CS

PROCESSO Nº

DRT 14 828401/2011

RECURSO

Especial

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."

2. *A acusação tem por base extratos sintéticos confeccionados pelas próprias administradoras de cartões, não havendo registro de existência de processo administrativo prévio que justificasse a utilização direta das informações fornecidas pelas mesmas.*
3. *Em que pese a aparente legalidade do quanto sempre afirmado pela Fazenda Estadual, há que se analisar o direito em relação ao que consta da LC. 105/2001 segundo o inciso VI, do § 1º do artigo 1º, onde registrado que as empresas de cartões de crédito e débito são equiparadas a instituições financeiras.*
4. *Decorre daí que as operadoras estão sujeitas às regras estabelecidas na LC, sob pena de nulidade de seus atos, como se demonstra:*

"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. 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



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

CAMARA

CS

PROCESSO Nº

DRT 14 828401/2011

RECURSO

Especial

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)

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”.

5. *Resta evidente que não se está nesta oportunidade advogando a impossibilidade do Fisco de fiscalizar, nem elevar ao grau impunidade do contribuinte ao absoluto, sob o escudo da inviolabilidade da vida privada. Mesmo porque já decidiu o STJ que a inviolabilidade em matéria tributária se apresenta relativa:*

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL SUJEITO A RECURSO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 267/STF. QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. DIREITO NÃO-ABSOLUTO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. MEDIDA NECESSÁRIA. PRECEDENTES. 1. É cediço que, na forma estabelecida no art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533/51, não cabe a impetração de mandado de segurança como sucedâneo de recurso legalmente cabível. 2. Após as inovações trazidas pela Lei n. 9.139/95, o mandado de segurança contra ato judicial somente é admitido nos casos de decisão judicial teratológica. 3. "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição" (Súmula n. 267/STF). 4. O STJ já firmou entendimento de que a proteção aos sigilos bancário e fiscal não é direito absoluto, podendo ser quebrado em casos excepcionais e em razão de decisão fundamentada, quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa. 5. A decisão judicial suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal, não afronta o art. 5º, incisos X, XII, LIV e LVII, da CF. 6. Recurso em mandado de segurança não-provido. (RMS 15.364/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA).

6. *Em que pese isto, como emerge do próprio julgado, resta evidente que ao Fisco Estadual não foi outorgada uma “promissória em branco” para atuar. Isto porque sujeito ele ao disposto no artigo 6º da LC 105/2006, sendo necessário para legitimar a sua ação a condição: “- quando houver processo administrativo instaurado -”. Por outro lado, para tornar legítimo o direito de fiscalizar basta à administração tributária específica obedecer aos termos da lei. Por isso sempre presente a famosa afirmação de Seabra Fagundes: “administrar é aplicar a Lei de ofício” (FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo*



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

CAMARA
CS

PROCESSO Nº
DRT 14 828401/2011

RECURSO
Especial

poder judiciário, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.03).

7. *Portanto, pode o Fisco Estadual exercer a sua atividade de exame da escrita fiscal e contábil do contribuinte, contudo deve observar os caminhos determinados pela legislação, em obediência ao princípio maior que rege o Estado Democrático.*
8. *Quanto ao disposto no artigo 75, X, da Lei 6.374/89, segundo a redação da Lei 12.294/2006, mais a Portaria CAT nº 87/2006, são eles insuficientes para legitimar a pretensão da Fazenda, pois não dispensam a instauração prévia do processo administrativo, conforme vem decidindo o TJSP, verbis:*

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0306627-64.2011.8.26.0000

3ª Câmara

Agravante: ZILAH COMÉRCIO DE MALHAS E LINGERIE LTDA.

Agravado: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca: SÃO PAULO - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VOTO nº. 17.912

AGRAVO DE INSTRUMENTO ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - ICMS - AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA - LAVRATURA COM BASE EM INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO INFRIGÊNCIA À GARANTIA DE SIGILO DE DADOS FISCAIS E BANCÁRIOS PRESSUPOSTO PARA ADMISSIBILIDADE DA MEDIDA ARTIGO 273 DO CPC CONCESSÃO EM PARTE DA TUTELA SOMENTE PARA SUSPENDER OS EFEITOS DO AIIM.

1. A antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial pressupõe a concorrência dos requisitos da verossimilhança do alegado em face da existência de prova inequívoca e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, caracterização de abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, CPC).

2. Auto de infração e imposição de multa lavrado com base nas informações fornecidas por administradoras de cartão de crédito e débito com indícios de vulneração à garantia do sigilo de dados fiscais e bancários.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Resta claro que o uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal ECF não viola o princípio da legalidade, e encontra previsão na legislação federal, que foi objeto de regulamentação, também absolutamente legal, por meio do Decreto nº 45.490/00. Mas o uso dos dados obtidos pelo sistema não pode violar regras inerentes ao sigilo fiscal e bancário, garantidos inclusive, pela Constituição Federal.



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

CAMARA

CS

PROCESSO Nº

DRT 14 828401/2011

RECURSO

Especial

A integração dos sistemas se tornou obrigatória nos termos do artigo 251 do Decreto nº 45.490/00, visando tornar mais eficaz o controle das operações de varejo, nas hipóteses em que não era emitida nota fiscal.

Portanto, no concernente à questão recursal de fundo, em sede de cognição sumária, própria dessa fase do procedimento, e sem prejuízo de melhor e mais aprofundado exame ao final, concorre o requisito da verossimilhança, pois dentre os direitos e garantias fundamentais a Carta Magna assegura a inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII), como já restou consignado.

Nessa mesma toada a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, assegura o sigilo das operações com cartão de crédito (art. 1º, § 1º, VI) e estabelece que "as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente" (art. 6º, grifei).

Não por outra razão o art. 494, § 1º, do RICMS, ressalva que a obrigação de prestar informações ao fisco não abrange "a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante estiver legalmente obrigado a observar segredo", ressalvada "a exigência de prévia autorização judicial".

Dos documentos que seguiram com a inicial constata-se os indícios de que não havia processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e nem tampouco justificativa da autoridade competente para que os dados referentes às vendas realizadas mediante pagamento com cartão de crédito/débito pudessem ser sindicadas, ensejando de plano a lavratura do AIIM de fls. 65/66, de modo que se tem por relevante a fundamentação invocada na minuta do recurso, a revelar a probabilidade do alegado direito.

A Portaria CAT nº 87, de 18.10.06, tendo em vista o disposto no inciso X do artigo 494 do RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490/00 (Artigo 494 Não podem embarçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exhibir impressos, documentos, livros, programas e arquivos magnéticos relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo fisco Lei 6 374/89. art 75 IX - a empresa de administração de bens) disciplina a entrega de arquivo eletrônico pela empresa administradora de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações realizadas por contribuinte.

Evidente, portanto, que a utilização de dados constantes dos arquivos das operadoras de cartão de crédito não se deu no curso do procedimento administrativo, tendo sido o ponto de partida do próprio levantamento fiscal, no qual foi constatada a infração.

O par.1º. do art. 509 do Regulamento realmente autoriza a utilização de qualquer meio indiciário no levantamento fiscal, o que deu ensejo à apuração mediante as declarações das operadoras de cartão de crédito, colhidas antes de iniciado o procedimento administrativo. Dessa forma, mais se revela a verossimilhança da alegação de violação da Lei Complementar Federal 105/2001 que, no seu art. 6º., somente autoriza o exame de registros de instituições financeiras, sem autorização judicial, "quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis".

Nunca demais frisar a que a Lei Complementar 105/2001 considera as operadoras de cartão de crédito instituições financeiras.

Assim, nessa análise provisória, portanto, realizada apenas para efeito de antecipação de tutela, evidencia-se que o Decreto 45.490/00 e a Portaria CAT 87/2006, não respeitaram os



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

CAMARA
CS

PROCESSO Nº
DRT 14 828401/2011

RECURSO
Especial

limites da Lei Complementar 105/2001, norma hierarquicamente superior, no que se refere à quebra de sigilo de informações contidas nos registros de instituições financeiras.

Por outro lado, plausível o risco de dano irreparável ou de difícil reparação caso a medida venha a ser concedida somente a final, pois a parte se sujeita à ação executiva do fisco e, eventualmente, à persecução penal.

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso, reforma-se a decisão agravada, concede-se a tutela antecipada para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas sem que possa, no entanto, impedir a Fazenda do Estado de São Paulo de regularmente constituir o crédito tributário, na forma da lei, sob pena de se vulnerar, com esse comando, a tripartição dos poderes e a autonomia do FISCO.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

TRIBUTOS ICMS - AIIM - 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 Recurso provido. 0312471-63.2009.8.26.0000 Agravo de Instrumento Relator(a): Teresa Ramos Marques Comarca: São Paulo Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 25/05/2009 Data de registro: 29/06/2009 .Outros números: 9111815000.

*A presente medida se destina à suspensão dos efeitos do auto de infração e imposição de multa até a sentença final, de molde a não acarretar prejuízo à ambas as partes Ante o exposto, meu voto **DÁ PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, para os fins acima especificados, especialmente para suspender os efeitos do auto de infração e imposição de multa 3133629 até a sentença.*

DES. AMORIM CANTUÁRIA

Relator

Assinado Eletronicamente”.

9. Assim não tendo agido o Fisco encontra-se violado o que consta da Constituição Federal segundo os direitos fundamentais, ou seja, respeito à intimidade, vida privada ... conforme o art. 5º inciso X:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...).”

10. Embora se reconheça como já afirmado não ser o sigilo bancário um



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

CAMARA

CS

PROCESSO Nº

DRT 14 828401/2011

RECURSO

Especial

direito individual absoluto, tal não significa ignorar a falta de presença de requisitos essenciais para que ocorra a quebra deste.

11. *Ou seja, não se pode prescindir para validade da quebra do sigilo bancário, da indispensável justa causa e devido processo legal, segundo hipóteses previstas em Lei Complementar. Então para a quebra do sigilo bancário por parte da Administração Pública, se faz necessária a presença de três requisitos, ou seja:*

- i) justo motivo;*
- ii) competência; e*
- iii) decisão fundamentada.*

12. *Por isso a Lei Complementar nº 105/2001 tratou em seus dispositivos de determinar quais seriam as pessoas competentes para obrigar o sistema bancário (incluídas as administradoras de Cartões de crédito e débito) a quebrar o segredo das operações e serviços prestados por este quanto às pessoas físicas e/ou jurídicas.*

13. *Nesse diapasão, confira-se sobre o quanto dispõe a Lei Complementar referida:*

“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:

- I – os bancos de qualquer espécie;*
- II – distribuidoras de valores mobiliários;*
- III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;*
- IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;*
- V – sociedades de crédito imobiliário;*
- 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.



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

CAMARA
CS

PROCESSO Nº
DRT 14 828401/2011

RECURSO
Especial

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, ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

14. *Por isso já decidiu recentemente o STF, em decisão do pleno:*

“RE 389808 / PR - PARANÁ
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 15/12/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação
DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011
EMENT VOL-02518-01 PP-00218

Parte(s)
RECTE.(S) : G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
ADV.(A/S) : JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : PFN - DEYSI CRISTINA DA ROLT

Ementa
SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Decisão
O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), deu provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo recorrente, o Dr. José Carlos Cal Garcia Filho e, pela recorrida, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque, Procurador da Fazenda Nacional. Plenário, 15.12.2010.

15. *Tal decisão foi inclusive oficiada ao Secretário da Receita Federal à época, que fica reproduzido:*

“Ofício n. 5.030/SEJ



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

CAMARA
CS

PROCESSO Nº
DRT 14 828401/2011

RECURSO
Especial

Brasília, 16 de dezembro de 2010

Recurso Extraordinário n. 389.808

Relator – Ministro MARCO AURÉLIO

Recorrente – G.V.A Indústria e Comércio S/A

Recorrida – União

Referência – Apelação em Mandado de Segurança n. 2001.70.09.002042-5/PR – TRF/4ª Região

Senhora Procuradora-Geral

De ordem, comunico a Vossa Excelência que o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária realizada em 15 de dezembro de 2010, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, deu provimento ao recurso extraordinário e deferiu a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. Com isso defiriu à legislação de regência – Lei n. 9.311/96, Lei Complementar n. 105/01 e Decreto n. 3.724/01 – interpretação conforme a Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário sem ordem emanada do Judiciário.

Respeitosamente,

Lucina Pires Zavala
Secretaria Judiciária

Ao Senhor
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Secretário da Receita Federal do Brasil”.

16. Após tal decisão, em outro processo, tendo como Relatora a Ministra CARMEN LÚCIA, que havia sido vencida no pleno, aderiu à postura vencedora quanto ao tema quebra de sigilo, sem outros questionamentos, conforme Processo - RE 387604 / RS – RIO GRANDE DO SUL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Julgamento: 23/02/2011, em decisão monocrática:

“DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste à Recorrente.

4. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 389.808, Relator o Ministro Marco Aurélio, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de ter acesso a Receita Federal a dados bancários de contribuintes:

“O Plenário, por maioria, proveu recurso extraordinário para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto a dados bancários da empresa recorrente. Na espécie, questionavam-se disposições legais que autorizariam a requisição e a utilização de informações bancárias pela referida entidade, diretamente às instituições financeiras, para instauração e instrução de processo administrativo



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

CAMARA
CS

PROCESSO Nº
DRT 14 828401/2011

RECURSO
Especial

fiscal (LC 105/2001, regulamentada pelo Decreto 3.724/2001). Inicialmente, salientou-se que a República Federativa do Brasil teria como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e que a vida gregária pressuporia a segurança e a estabilidade, mas não a surpresa. Enfatizou-se, também, figurar no rol das garantias constitucionais a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), bem como o acesso ao Poder Judiciário visando a afastar lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV). Aduziu-se, em seguida, que a regra seria assegurar a privacidade das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, sendo possível a mitigação por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal.

Observou-se que o motivo seria o de resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz). Assinalou-se que idêntica premissa poderia ser assentada relativamente às comissões parlamentares de inquérito, consoante já afirmado pela jurisprudência do STF" (Informativo n. 613).

O acórdão recorrido não divergiu dessa orientação.

5. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Recorrente.

6. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se."

17. *Então, tendo sido violados os princípios do sigilo bancário e devido processo, resta evidente que as provas obtidas para lançar se apresentam ilícitas, decorrendo daí que a sustentação do lançamento contaminado, inválido.*

18. *Por outro lado há que ser considerado que a Portaria CAT 87/2006, acabou por ser revogada pelo Decreto 54.240/2009, que fez nascer outra: Portaria CAT 12/2010, para cuidar do tema, devendo ser considerado a norma no tempo."*

Do levantamento Fiscal

A par disso, tendo em vista que o montante exigido no lançamento de ofício em exame é resultado do apurado por meio de levantamento fiscal – art. 509 do RICMS - para que este tenha validade legal **obriga-se** o Fisco, nos moldes da legislação vigente à época dos fatos geradores, a atender aos pressupostos fixados no referido dispositivo normativo, devendo, assim, levar em consideração valores:



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

CAMARA
CS

PROCESSO Nº
DRT 14 828401/2011

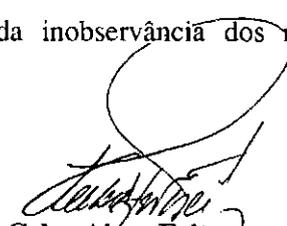
RECURSO
Especial

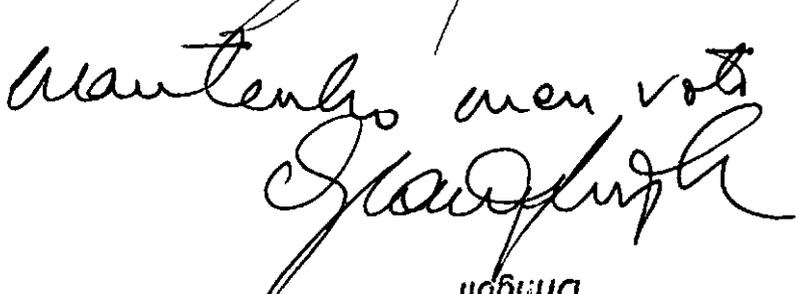
- a) das mercadorias entradas,
- b) das mercadorias saídas,
- c) dos estoques inicial e final,
- d) dos serviços recebidos e dos prestados,
- e) das despesas,
- f) de outros encargos,
- g) do lucro do estabelecimento e
- h) de outros elementos informativos.

Caso não atendidos – como ocorre no caso dos autos - os termos da norma que escolheu para fundamentar o seu trabalho, resta ele nulo por erro de acusação, de apuração.

O movimento real tributável não pode ser tomado simplesmente do confronto das informações das operadoras de cartões e os valores informados nas GIA's dos períodos; tal confronto pode ser até nominado levantamento (gênero), mas não **levantamento fiscal** (espécie), com fundamento no disposto no artigo 509 do RICMS/00. Se na apuração considerou e incluiu o Fisco vendas não declaradas, deveria dar o mesmo tratamento às eventuais compras não registradas, já que um é corolário do outro, quando não ao mais especificado no *caput* do artigo 509 do RICMS/00: estoque inicial, final, serviços recebidos, prestados, despesas, outros encargos, lucro do estabelecimento e demais elementos informativos, já que o considerado diz respeito a "**movimento real tributável**";

Em conclusão, por todo o exposto, considerando o fato da inexistência de prévio processo administrativo bem como autorização judicial para a requisição dos extratos junto às Administradoras de cartões de crédito/débito, e, também em função da inobservância dos requisitos constantes do art. 509 do RICMS/00, conheço e dou provimento.


 Celso Alves Feitosa


 Gianpaulo Camilo
 Dringoli

Gianpaulo Camilo
 Dringoli



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº

267.14 62 1401/11

RECURSO
ESPECIAL

V O T O E M S E P A R A D O

COM O D. RELATOR, COM OS FUNDAMENTOS A SEGUIR:

Falta de pagamento do imposto apurado por meio de levantamento fiscal – Operação Cartão Vermelho. Cotejo dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e declaração dos valores repassados à empresa por administradoras de cartão de crédito. Contribuinte entende violado o sigilo bancário. Autuação correta, considerando que:

- a Administração é competente para erigir obrigações acessórias a teor do artigo 113 do CTN;
- a exigência de conjugação da emissão do cupom fiscal com o comprovante de pagamento se faz necessário para o controle do cumprimento da obrigação tributária;
- as informações conferidas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito ao Fisco não implicam quebra de sigilo ou privacidade da pessoa jurídica, mas apenas repasse de dados para a Administração Pública, autorizada por lei, como medida fiscalizatória;
- autuação do Fisco que se insere no poder de polícia; descaracterizada a quebra de intimidade ou de sigilo, cuidando-se apenas de transferência de dados para a Administração Pública.
- o contribuinte tem oportunidade de prestar os esclarecimentos que julgar necessários para comprovar que tais situações não sejam passíveis de tributação.
- não há que se falar em "sigilo bancário" em relação a informações que, pelo ordenamento jurídico, conforme art. 251, §2º RICMS/00, Portarias CAT-55/98 e 80/01 e Convênio ECF-01/98, já deveriam constar no próprio Cupom Fiscal, sendo que desse documento foram subtraídos numa atitude ilícita do contribuinte.
- CONHEÇO DO RECURSO ESPECIAL E NEGU PROVIMENTO, MANTENDO A DECISÃO RECORRIDA.

JOSÉ ROBERTO ROSA

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRT 4-82340/2011

RECURSO
Especial

Trata-se de acusação fiscal envolvendo a falta de pagamento do ICMS, apurado por meio de levantamento fiscal. O movimento real tributável se deu com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e débito.

O tema em discussão diz respeito a pretendida declaração de "nulidade" do feito, sob o argumento pueril de "quebra do sigilo bancário" do particular, pois o Fisco já teria angariado as informações oriundas das Instituições Financeiras, sem que houvesse procedimento fiscal prévio ou em curso, o que violaria os ditames da Lei Complementar n. 105/2001(arts. 5º e 6º) e Decreto n: 54.240/09.

Sou pela inexistência de qualquer mácula no procedimento adotado pelo Fisco.

O art. 145, §1º, da Constituição Federal permite a autoridade fiscal identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A Lei Complementar n. 105/2001 autoriza a transferência direta do sigilo bancário para a Administração Tributária, ficando a autoridade administrativa responsável pela guarda de tais dados.

Como afirma SERGIO CARLOS COVELLO, "*certo que o sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais que lhe estabelecem contornos. Em nosso ordenamento, o sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o Fisco e ante as Comissões Parlamentares de Inquérito. Trata-se de derrogações expressas do sigilo com escopo na ordem pública. Paralelamente, existem abrandamentos da obrigação fundados na vontade do titular do sigilo e na própria natureza da atividade bancária*". (RT-648/26)

A própria jurisprudência do STF tem se inclinado "*no sentido de que o direito ao sigilo bancário não é absoluto, devendo ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade, sendo certo, portanto, que as exceções podem ser disciplinadas por normas infraconstitucionais*"(RE-219.780, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU-10/9/99)

Assim, não se pode cogitar de quebra de sigilo bancário, quando da prestação pelas operadoras de cartões, de informações sobre a movimentação financeira do contribuinte, eis que, tais dados, não serão divulgados ao público, mas sim, levados exclusivamente ao conhecimento do Fisco.

Não vejo, ademais, qualquer justificativa jurídica para se restringir que tais dados sejam repassados pelas instituições financeiras ao Fisco.

De fato, tem o contribuinte o dever de prestar todas as informações sobre sua movimentação mercantil, mediante o cumprimento de suas obrigações acessórias.

Tais deveres instrumentais representam o reflexo documental de suas atividades que, tem por escopo, fornecer os instrumentos necessários à apuração e verificação do tributo devido.

Aliás, o conhecimento dos dados relativos à movimentação financeira do sujeito passivo tem, em mira, comprovar e testar a veracidade das informações constantes dos documentos fiscais por ele emitidos.

Acrescento que as providências adotadas pelo Fisco vêm respaldadas pelo art. 75, X da Lei Estadual 6374/89(*na redação introduzida pela Lei 12.294/2006*) pelo artigo 509-A do RICMS e pela Portaria CAT-87/2006.

Quanto ao argumento de imprestabilidade da prova obtida pelo Fisco, por ofensa ao devido processo legal, porque este já havia obtido previamente a qualquer procedimento fiscal as informações financeiras junto às Administradoras de Cartões de Crédito e Débito, não compartilho de tal assertiva.

O artigo 6º, da Lei Complementar 105/2001 não exige que o procedimento administrativo ou fiscal para a coleta e exame das informações das instituições financeiras seja específico.

Ademais, é sabido que a ação fiscal combatida escora-se em rotina administrativa de trabalho, desenvolvida pela Diretoria Executiva da Administração Tributária, denominada "Operação Cartão Vermelho".

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRT 14. 82840/2011

RECURSO
Especial

Esse plano de trabalho, veiculado através de Ofício Circular, tem por escopo coibir e reprimir práticas de sonegação fiscal representadas por vendas feitas com cartões, sem a correspondente emissão de documento fiscal.

É seguramente um ato administrativo que visa dar início ao procedimento fiscal que cuida de investigar sobre o comportamento fiscal do contribuinte que recebeu por suas transações mercantis – o pagamento por cartão. (débito e crédito).

Embora tal se dê pela via oblíqua, amolda-se, a meu ver, ao quanto disciplinado pelo artigo 6º, da Lei Complementar n. 105/01.

Nesse ponto, faço um paralelo com o inquérito policial, o qual é um procedimento meramente informativo, destinado à investigação de um fato possivelmente criminoso e a identificação de seu autor, objetivando a obtenção de elementos suficientes para a propositura de uma ação penal.

Por não integrar o processo penal em sentido estrito, conforme pacífica jurisprudência do STF e do STJ não está sujeito ao princípio do contraditório ou da ampla defesa. (STF, RTJ-143/306, RE-136.239-SP; STJ, RHC4145-5).

Guardadas as devidas proporções, o mesmo ocorre no decorrer da fase em que, a Administração Tributária identifica ou fiscaliza os rendimentos dos contribuintes, recorrendo a intimação escrita às instituições financeiras, e por isso mesmo, não está sujeita ao contraditório e a ampla defesa, pois nesta fase, não se pode afirmar que haja, ainda, “litigante ou acusado”.

Só tem início o processo administrativo tributário com a lavratura do AIIM, acompanhado dos elementos de prova permitidos em lei.

Acrescenta-se o Decreto n. 54.240/2009 que regulamenta a aplicação do artigo 6º, da Lei Complementar n. 105, de 2001. Em seu art. 2º, §1º, referido diploma considerou “*como iniciado o procedimento de fiscalização, a partir da emissão da ordem de fiscalização, de notificação ou ato administrativo que autorize a execução de qualquer procedimento fiscal, como previsto no artigo 9º, da Lei Complementar Estadual 939, de 2003*”.

Sob este prisma, o próprio AIIM informa:

- (a) já havia ordem de serviço de fiscalização, baseado em plano de trabalho da DEAT, denominado “Operação Cartão Vermelho”;
- (b) a contribuinte foi previamente intimada a prestar os esclarecimentos necessários e apresentar os documentos que viessem a desfazer a pretensão fiscal de presunção de vendas omitidas da tributação.

Se porventura, assim não for compreendido, não há nulidade na autuação.

O processo rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, donde só se considera nulo, o ato que não se enquadrar no modelo legal respectivo, e simultaneamente não atingir seus fins.

A mera irregularidade formal não tem o condão de contaminar os atos subsequentes.

Por isso, podem ser convalidados os atos praticados pelo Fisco, que não causaram prejuízo à defesa (*não demonstrado*), e que atingiram sua finalidade.

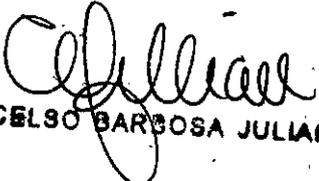
A impossibilidade de convalidamento do ato só se verificaria se daí resultasse dano ou alcance a direito subjetivo, quer da própria administração, quer de terceiros. “*Não se decreta nulidade, quando se pode convalidar o ato, a menos que este(...) tenha acarretado prejuízos*”. (RDA-84/195)

Por derradeiro, constato que a contribuinte foi intimada a esclarecer em todas as fases do contencioso, as diferenças apuradas pela fiscalização.

Não o fez.

Vai daí, que merece prevalecer a reclamação fiscal de falta de pagamento do ICMS, apurada por levantamento fiscal, cujas vendas ocultou da tributação.

Por tais razões, c/ o Dr. D'Inglis.


CELSO BARBOSA JULIAN



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

FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

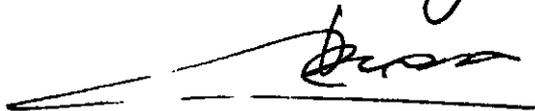
PROCESSO Nº

DRT 14 - 82840/2011

Reportando-me
ao voto que, na sessão
de 31 de maio de 2012,
proferi nos autos do
Processo DRT-CII-317.695/11,
declaro nulo o AITU.


Antonio Augusto S.P. de Carvalho

com o Dr. Dringoli



AUGUSTO TOSCANO

com o Dr. Antonio Augusto



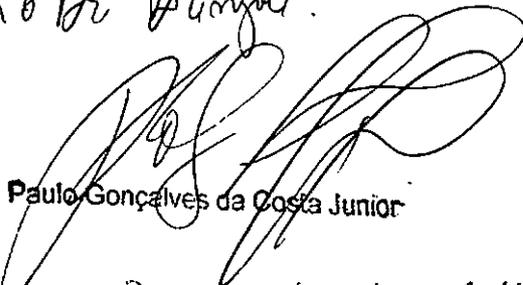
Luiz Fernando Mussolini Jr


FRANCISCO ANTONIO

ban o de. stringati

Pr
EGLE PRANDINI MACIOTTA

Com o Dr. Pringoli.

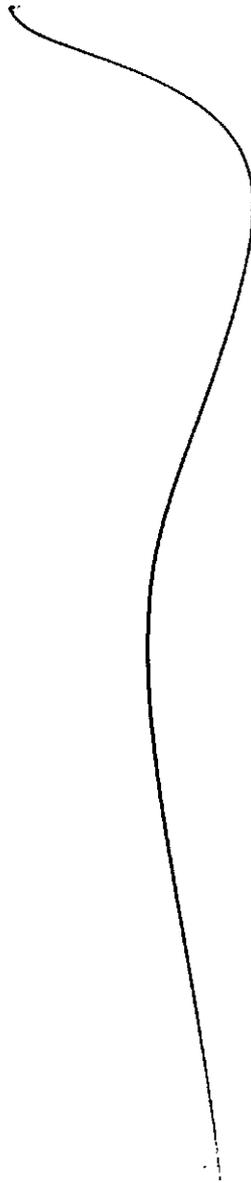


Paulo Gonçalves da Costa Junior

com o Dr. Antonio AUGUSTO



VICENTE DO CARMO SAPIENZA



Pedi preferência para expor meu entendimento acerca da questão em discussão no presente processo.

Trata-se de acusação de falta de pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento fiscal feito no bojo da chamada operação cartão vermelho.

Com relação à questão do sigilo bancário, invocado com base no art. 6º da Lei Complementar 105/91, entendo que ele não foi quebrado em momento algum do procedimento de fiscalização.

A regra do referido art. 6º é dirigida às instituições financeiras, e não aos contribuintes do ICMS, conforme se extrai de seu texto, que tem a seguinte dicção:

“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)

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.”

Verifica-se claramente que esse dispositivo se orienta no sentido de proteger o direito de sigilo a que fazem jus as instituições financeiras, de modo que, se alguém é prejudicado com a violação do disposto nesse artigo, esse prejudicado é a instituição financeira.

As instituições financeiras envolvidas nessas ações fiscais, porém, parece que nunca vislumbraram qualquer violação a direito seu, na medida em que nunca se insurgiram contra as notificações que lhe são feitas para prestar informações sobre movimentações feitas com cartões de crédito.

Observe-se que o fisco paulista não vai às instituições financeiras para “examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras”. Logo, o procedimento do fisco paulista não se encontra subsumido ao conteúdo dessa regra de lei complementar federal, qual seja, o art. 6º da LC 105/01.

Não pode o contribuinte do ICMS paulista, que não é tutelado pela regra desse artigo, invocar sua violação a seu favor.

Pelo que consta dos autos, por outro lado, a notificação às instituições financeiras sempre é feita com base em documento que autorizou a coleta dessas informações. Logo, A Fazenda Pública estava autorizada a agir como agiu.

Não bastasse isso, porém, vale lembrar que o procedimento fiscal não se instaura apenas com a expedição de NIF ou de OSF, mas de qualquer um dos atos relacionados no §§ 2º, 3º e 4º do 88 da Lei Estadual 6.374/89, que tem a seguinte dicção:

“Artigo 88 - O contribuinte que procurar a repartição fiscal, antes de qualquer procedimento do fisco, para sanar irregularidade relacionada com o cumprimento de obrigação pertinente ao imposto fica a salvo das penalidades previstas no artigo 85, desde que a irregularidade seja sanada no prazo cominado.

...

§ 2º - Para efeito de excluir a espontaneidade da iniciativa do infrator, considera-se iniciado o procedimento fiscal:

1 - com a notificação, intimação, lavratura de termo de início de fiscalização ou de auto de infração;

2 - com a lavratura de termo de apreensão de mercadoria, documento ou livro ou de notificação para sua apresentação.

§ 3º - O início do procedimento alcança todo aquele que esteja envolvido na infração apurada pela ação fiscal.

§ 4º - A critério da Secretaria da Fazenda, o contribuinte poderá ser comunicado sobre divergências ou inconsistências identificadas entre as informações por ele prestadas ao fisco e as informações prestadas por terceiros, recebidas ou coletadas pelo fisco no exercício regular de sua atividade, hipótese em que ficará a salvo das penalidades previstas no artigo 85 desta lei, desde que sane a irregularidade no prazo indicado na comunicação. (Parágrafo acrescentado pela Lei 13.918, de 22-12-2009; DOE 23-12-2009)”

No caso, a lei paulista fixa o início do procedimento fiscal não só com a expedição de NIF ou de OSF, mas de qualquer outro ato ali mencionado, inclusive a mera notificação para prestação de informação e exibição de documentos.

E isso foi feito.

E mais, o início do procedimento, mediante a expedição de qualquer notificação, alcança a todos que estiverem envolvidos com infrações praticadas.

Com relação ao Decreto 54.240/09, vale destacar o que consta de sua ementa, nos seguintes termos:

“JOSÉ SERRA, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o disposto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 e na Lei Complementar Estadual 939, de 03 de abril de 2003, Decreta:”

Como o referido decreto vem expressamente para regulamentar o disposto no art. 6º da LC 105/01 e como esse artigo só protege e alcança as instituições financeiras, suas normas devem ser interpretadas à luz do direito dessas empresas, não sendo passíveis de serem invocados por aqueles que não sejam instituições financeiras.

O mesmo se diga sobre a Portaria CAT 12/10, que veio para disciplinar o conteúdo dos arts. 8º e 9º do supracitado decreto.

“O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista o disposto nos artigos 8º e 9º do Decreto 54.240, de 14 de abril de 2009 e considerando o teor do artigo 198 do Código Tributário Nacional e do inciso XVIII do artigo 4º da Lei Complementar Estadual n.º 939, de 3 de abril de 2003, bem como a consequente

DRT 14-82840/2011

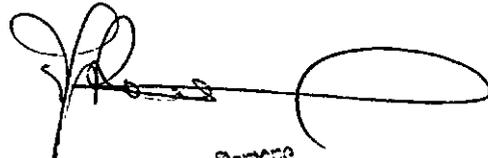
necessidade de manutenção do sigilo fiscal das informações obtidas pela Secretaria da Fazenda nas hipóteses previstas em lei, expede a seguinte portaria:"

Desse modo, não vejo base legal para que contribuintes do ICMS, que não são empresas financeiras, se beneficiem das supracitadas normas para alegar qualquer quebra de sigilo ou violação ao seu direito de intimidade.

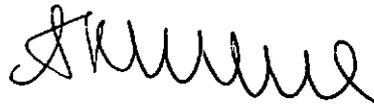
No mais, com J. Jungoli


FERNANDO MORAES SALLABERRY

Com Dr. Feitosa e Dr. Ruben
Augusto


Francisca P. Rodrigues Domene

Com o Dr. Feitosa


EDUARDO PEREZ SALUSSE

El DR. Rolo


Com o Dr. José Rosa


JOSE PAUL NEVES
Presidente