



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRT - II - 781.006/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	DEPÓSITO DE MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO WATANABE LTDA		
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO	AIIM 3.141.318-3	S. O.: há requerimento
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO (vide relatório)		CAPITULAÇÃO DA MULTA (vide relatório)	

1) Cuida-se de recurso especial interposto pela Contribuinte acima identificada. Propósito: desconstituir a r. decisão que, proferida no exame do recurso ordinário por ela mesma aviado, foi pelo seu desprovimento, restando incólume o AIIM de fls. 2-3, do qual vale transcrever o seguinte:

I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO

Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$..., nos períodos de apuração das competências de janeiro a maio de 2007, janeiro a maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2008 e janeiro a novembro de 2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00 (aprovado pelo Decreto 45.490/00 e regulamentador da Lei 6.374/89), conforme Demonstrativos constantes nos Anexos IC, II-A, III-A E VB e VI, anexos, juntados às fls. 08 a 25, 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 o dispositivo no Inciso X do artigo 75 da lei 6.373/89 (acrescentado pelo artigo 2º da lei 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do Regulamento do ICMS/2000 e na Portaria CAT/2006. 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).

II - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO

2. Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$..., no período de dezembro de 2009, valor este apurado por meio de Levantamento Fiscal, conforme demonstrativos constantes dos Anexos IC, IIA, IIIA, VB, VI, juntados às folhas de nºs 08 A 25. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, de acordo com o disposto no inciso X do artigo 75 da lei 6.374/89 (ACRESCENTADO PELO ARTIGO 2º DA LEI 12.294/06). A Apuração da diferença mensal de levantamento foi feita conforme descrito no Relatório Circunstanciado em anexo, e, sobre este valor, foi calculado o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento).

INFRINGÊNCIA: Arts. 58, do RICMS (Dec. 45.490/00), art. 87, da Lei 6.374/89.

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

2) A ementa da decisão recorrida:

ICMS - falta de recolhimento do imposto devido por omissão de operações tributadas apuradas por meio de levantamento fiscal com fundamento no art. 509 do RICMS/2000.

Fisco pode se valer de qualquer meio indiciário para apurar ilícito fiscal - presunção *juris tantum*.

Matéria de prova não elidida pela Recte ao ser notificada a esclarecer as informações prestadas pelas administradoras de Cartão de Crédito.

Cerceamento de defesa inexistente - cópia das peças que instruíram a acusação suficientes para o exercício da defesa.

Legalidade taxa SELIC Súmula TIT nº 8.



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

**CÂMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO
 DRT - II - 781.006/10**

**RECURSO
 ESPECIAL**

3) As razões do recurso especial, em síntese apertada:

(i) a decisão combatida é nula, pois "deixou de apreciar objetivamente as razões do Recurso Ordinário, tomando conclusões desmotivadas e inconsistentes, que não traduzem a realidade dos autos, circunstância que desmerece acolhimento" - e "Não houve, de outro lado, qualquer consideração a respeito da multa, tendo o i. Relator do voto que redundou na decisão, ainda que em singelas considerações, apenas tangenciando a questão da penalidade e seus aspectos legais, não enfrentando - sequer examinando - o referido pedido de sua redução";

(ii) "a d. Fiscalização desenvolveu a sua acusação fundamentando-se na diferença apurada em levantamento fiscal, que teria sido realizado nos termos do artigo 509 do RICMS/00, utilizando-se de informações de terceiros, obtidas sem o respaldo constitucional ou legal";

(iii) "A presunção *juris tantum*, de haver o contribuinte auferido receitas provenientes de vendas postas à margem da tributação, deve observar os ditames do levantamento econômico de caixa, o que não foi observado pelo Sr. Agente Fiscal atuante, que não verificou, da mesma forma, os estoques, o movimento de entradas e saídas, limitando-se ao confronto com informações de terceiros";

(iv) "Não existe falta de pagamento de imposto apurada em levantamento fiscal, mas tão somente a presunção de omissão de movimento tributável baseada em documentos obtidos de forma não prevista na legislação ...";

(v) "Vê-se que o trabalho fiscal teve seu nascedouro no cruzamento de informações prestadas por administradoras de cartões de crédito/débito, obtidas pela Administração Tributária antes de estar iniciado qualquer processo ou procedimento administrativo contra o contribuinte atuado, como se pode verificar da própria notificação fiscal, que já lhe comunicou estar de posse de informações".

Invocando decisões que entende paradigmáticas, a Contribuinte trata de cotejá-las à recorrida. Encerra a peça nos seguintes termos:

Pelo exposto, protestando pela **SUSTENTAÇÃO ORAL** das presentes razões, nos termos do artigo 44 da Lei nº 13.457/09, vem a **RECORRENTE** requerer o conhecimento e provimento do presente **RECURSO ESPECIAL**, para que seja anulada a r. decisão proferida, pelas razões aduzidas. Em não sendo esse o entendimento dessa E. Câmara Superior, requer-se o cancelamento das imputações fiscais com supedâneo nas razões preliminares e de mérito, ou, quando menos, a redução das multas aplicadas e o cancelamento dos juros cobrados, como medida da mais pura e cristalina **JUSTIÇA FISCAL!**

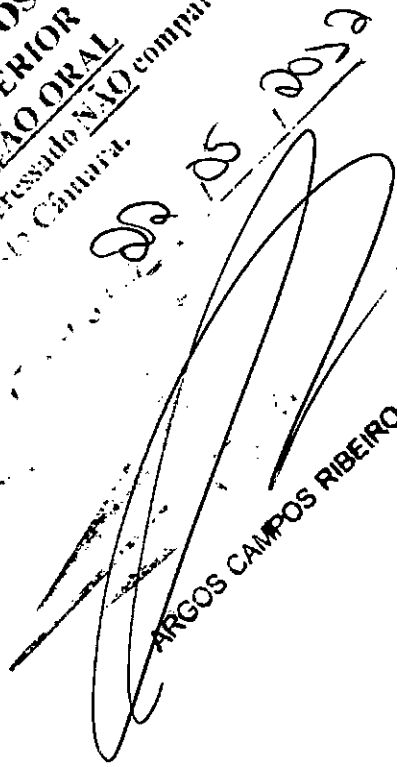
4) Contrarrazões às fls. 194-207.

5) Era o que havia para relatar até o momento. Tendo em vista que a Administrada pleiteou lhe fosse dada a oportunidade de exercer o seu direito de sustentar de forma oral as razões do Recurso, aguarda-se a produção do ato.

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA SUPERIOR
SESTENÇÃO ORAL

com interesse não compareceu

205 / 2012



ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRT – II – 781.006/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	DEPÓSITO DE MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO WATANABE LTDA		
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO	AIIM 3.141.318-3	
EMENTA			
<p>ICMS. Infrações relativas ao pagamento do imposto. "Operação Cartão Vermelho". Autuação viciada de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais". Invalidez do ato administrativo.</p> <p>I — Observado o que estabelecem a Lei Complementar nº105/01, de cunho nacional, e o Decreto Estadual nº 54.240/09, a requisição, o acesso e o 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 <u>não</u> podem ser levados a efeito antes de se instaurar o processo administrativo tributário, ou de se dar marcha a regular procedimento de fiscalização, o que não foi respeitado no caso concreto. Diagnostica-se, sem dificuldade, que inválida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual nº 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os casos de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais".</p> <p>II — Recurso provido.</p>			
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO		CAPITULAÇÃO DA MULTA	
(vide relatório)		(vide relatório)	

SUSTENTAÇÃO ORAL: vide certidão de fls.

Nada havendo para acrescentar, dá-se por findo o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

1) Atendidos os requisitos de admissibilidade, o recurso é de ser conhecido. No mérito, é de ser provido. Se não, vejamos.

2) Cotejadas as (i) informações que, antes de regularmente iniciado qualquer que seja procedimento fiscalizatório, obteve de "empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito", ao (ii) quanto a Contribuinte registrara nas GIA de determinados períodos de tempo, concluiu a Fiscalização pela ocorrência de infrações relativas ao pagamento do ICMS.



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRT - II - 781.006/10

RECURSO
ESPECIAL

3) Sucede que as referidas informações foram obtidas e examinadas pela Fiscalização sem que se atentasse ao quanto estabelecido na Lei Complementar nº105/01, de cunho nacional, e no Decreto Estadual nº 54.240/09: a requisição, o acesso e o 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 não podem ser levados a efeito antes de se instaurar o processo administrativo tributário, ou de se dar marcha a regular procedimento de fiscalização.

Salta aos olhos, muito especialmente, o menoscabo ao que vai nos artigos 4º, 5º e 6º, todos do Decreto Estadual nº 54.240/09.

Diagnostica-se, sem dificuldade, que inválida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual nº 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os casos de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais".

DISPOSITIVO

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, declarando nulo o ato administrativo veiculado no AIIM.

Plenário Antônio Pinto da Silva, *22* de *maio* de 2012


 ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

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

Giampaolo Dringseli

pelos prazos de 15 dias (art. 020 do R.J.)

ficando adiado o julgamento
SALA DAS SESSÕES, em 12/05/2012


Presidente



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTCII-781006-2010

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	DEPÓSITO DE MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO WATANABE LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR(A)	ANTONIO A S P DE CARVALHO	AIIM	3.141.318.3	S. ORAL	NÃO
VOTO DE VISTA DE GIANPAULO CAMILO DRINGOLI					
EMENTA					
ICMS					
<ul style="list-style-type: none"> • FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO APURADO POR LEVANTAMENTO FISCAL 					
MÉRITO					
<p>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.</p>					
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 vista destes autos foi requerida para apreciar com mais vagar a alegada violação à Lei Complementar 105, de 2001, que trata do sigilo das instituições financeiras.
3. O i. juiz relator decidiu pelo provimento do recurso do Contribuinte, entendendo ter havido violação à Lei Complementar 105/01.
4. É a síntese do necessário.

VOTO

5. Com a devida vênia do culto juiz relator, não houve qualquer violação de sigilo de que trata a Lei Complementar 105 de 2001.



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRTCII-781006-2010**

**RECURSO
 ESPECIAL**

6. 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.
7. 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.
8. 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.
9. O § 1º do artigo 2º do Decreto 54.240, de 2009, estabelece o momento em que se considera iniciado o procedimento fiscal:

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.

10. 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

(...)

11. 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



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRTCII-781006-2010**

**RECURSO
 ESPECIAL**

fornecimento dessas informações.

12. 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.
13. 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.
14. 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 não fosse do conhecimento prévio do próprio fisco.
15. 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.
16. 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.
17. 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.
18. 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.
19. 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.
20. 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



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRTCII-781006-2010**

**RECURSO
 ESPECIAL**

conhecida.

21. Diante de todo o exposto, e impetrando-se mais uma vez a devida vênia, **DEVE-SE CONHECER DESTE RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE**, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se a decisão de recurso ordinário.

TIT. 78 de 10 de maio de 2012.

GIANPAULO CAMILO DRINGOLI

Voto de vista

*Mantenho o voto
 que proferi na
 sessão de 22 de
 maio de 2012.*

Antonio Augusto S.P. de Carvalho



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

CAMARA
 SUPERIOR

PROCESSO Nº
 DRTC 11- 781006/2010

RECURSO
 ESPECIAL

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

ACOMPANHADO DR. DRINGOLI, 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 NEGO PROVIMENTO, MANTENDO A DECISÃO RECORRIDA.**


 JOSÉ ROBERTO ROSA

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC 11-781006/10

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
DRTE II - 781006/10

RECURSO
Excepcional

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 conyalescimento 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, Acompanho o Dr. DRINGALI.

Celso
CELSO BARBOSA JULIAN

Com. Dr. Deringer

[Signature]

AUGUSTO TEBLANO

Com. Dr. Antonio
Aguas

[Signature]
Luiz Fernando Mussolini Jr.

[Signature]
Antonio Augusto
de Almeida
LEIBO ALVES FERREZ

[Signature]

FRANCISCO ANTONIO FERREZ

Com. Dr. Deringer

[Signature]
EGLE PRANDINI MACIOTTA

Com. Dr. Deringer

[Signature]
Paulo Gonçalves da Costa Junior

Com. Dr. Antonio Augusto

[Signature]
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

DRTC II - 781006/2010

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

DRTC 11 - 781006/2010

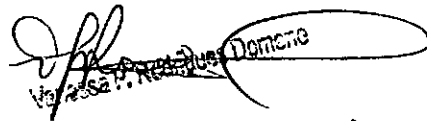
necessidade de manutenção do sigilo fiscal das informações obtidas pela Secretaria da Fazenda nas hipóteses previstas em lei, expede a seguinte portaria:"

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 Dr. Duzigeli


FERNANDO MORAES SALLABERRY

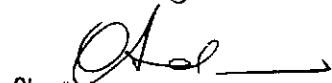
Com Dr. Antonio Augusto


ANTONIO AUGUSTO DOMINGOS

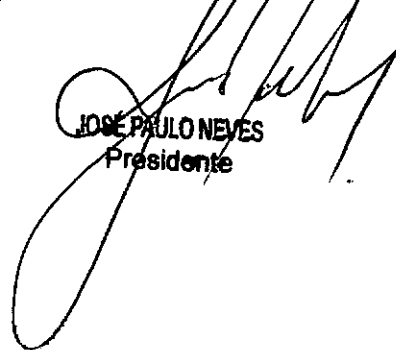
Com o Dr. Antonio Augusto


EDUARDO PEREZ SALUSSE

Com o Dr. Jose


Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Dr. José Rosa


JOSÉ PAULO NEVES
Presidente