



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-II-254698-2010

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA				
RECORRIDO	SEE OTHER COM ROUPAS LTDA				
RELATOR	CELSO BARBOSA JULIAN	AIIM	3.126.985-0	S. ORAL	Sim

EMENTA

ICMS – Levantamento Fiscal

Diferença apurada com base nas informações financeiras fornecidas pelas operadoras de cartões de débito e crédito em cotejo com os valores de vendas informados pelo contribuinte.

Decisão recorrida que cancelou a autuação sob o argumento de que não havia procedimento fiscal prévio ou em curso que autorizasse ao Fisco pleitear os dados de cartões, o que desatende o disposto na Lei Complementar n. 105/01 e Decreto 54.240/09.

Os arestos indicados pela FESP servem para a demonstração de dissídio jurisprudencial.

O recurso é conhecido.

Quanto à matéria de fundo, merece ser provido.

O sigilo bancário não é absoluto. Em nosso ordenamento, o sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o Fisco e ante as Comissões Parlamentares de Inquérito.

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.

Recurso da FESP conhecido e provido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial articulado pela Fazenda Pública, buscando a revisão do v. aresto proferido pela C. Sexta Câmara Julgadora, que cancelou o auto de infração.

O AIIM aponta a falta de pagamento do ICMS, por meio de levantamento fiscal. A diferença foi apurada com base nas informações prestadas pelas operadoras de cartões de débito e crédito, em cotejo com os valores de vendas informados pelo contribuinte.

Lê-se no acórdão objurgado, o seguinte trecho:

“Vou acolher a preliminar de nulidade levantada pela parte recorrente, porque entendo que o procedimento manejado pelo Fisco desatende o que determina a LC-105/01, do que advem ferimento a CF/88, posto que não observou a precedência do procedimento ou processo administrativo fiscal para autorizar a requisição das informações às administradoras.”
(fls.201-213)

Em sentido contrário ao entendimento versado na r. decisão recorrida, a FESP aponta como divergentes os arestos tirados dos Processos **DRT-12-358034-2010** e **DRTC-I-655752-2010**. (fls. 218-237)



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-II-254698-2010

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

Defende que a obtenção das informações, como ocorreu no caso em tela, é legítima e tem suporte na Lei 6374/89 e na Portaria CAT-87/06.

Insiste que o interesse público deve prevalecer, não existindo qualquer violação ao direito da recorrida, que tem o dever de prestar tais informações ao Fisco, sem omissões.

Transcreve diversas decisões do Poder Judiciário para albergar sua tese.

Quanto à arguida necessidade de procedimento prévio instaurado para coleta das informações junto às operadoras de cartões, afirma que o trabalho fiscal atende o plano de trabalho veiculado através do Ofício Circular DEAT n. 32/2007.

Pede pelo provimento do apelo recursal.

Processado o apelo, sobreveio a manifestação da recorrida.

Em suas contrarrazões, pugna pela manutenção do acórdão anterior que cancelou o AIIIM, por violação ao sigilo das operações financeiras, sem observância dos requisitos procedimentais previstos na Lei Complementar n. 105/2001 e Decreto Estadual n. 54.240/2009.

Há protesto por sustentação oral, o qual deve receber o tratamento dado pela atual Lei 13.457/2009.

COMPLEMENTO DE RELATORIO

Superada a fase relativa à defesa oral, dou por findo o relatório.

Passo a decisão.



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

CÂMARA

Superior

PROCESSO Nº

DRTC-II-254698-2010

RECURSO

RECURSO ESPECIAL

VOTO

É recurso especial da FESP.

Busca a reversão do julgado anterior, que cancelou o AIM, porquanto não havia procedimento fiscal prévio que permitisse a coleta de informações financeiras junto às operadoras de cartões de débito e crédito, o que desatenderia o disposto na LC-105/2001 e Decreto 54.240/09.

Os paradigmas indicados no recurso demonstram dissídio jurisprudencial, nos termos do **art. 49 da Lei 13.457/2009**.

Daí porque, conheço do recurso.

No mérito, tem razão a FESP.

Além dos fundamentos contidos nos arestos trazidos à colação que demonstram a procedência do feito, registro o que tenho decidido acerca da matéria em discussão.

Inicialmente, não merece guarida a alegação de que a autuação seria nula porque teria ocorrido "**quebra do sigilo bancário**", sem autorização judicial.

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)

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.

Para tanto, transcrevo a respeito, decisão do E. Superior Tribunal de Justiça:

"AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.329.960 - SP (20100132472-7)
 RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX



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

CÂMARA

Superior

PROCESSO Nº

DRTC-II-254698-2010

RECURSO

RECURSO ESPECIAL

“EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.665 - REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delincados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que:

"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.

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."

8. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 1134665/SP, DJe 18/12/2009, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que:



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

CÂMARA

Superior

PROCESSO Nº

DRTC-II-254698-2010

RECURSO

RECURSO ESPECIAL

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponible, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado:

"Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001."

17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma,



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-II-254698-2010

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso."

9. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

10. A ofensa a princípios e preceitos constitucionais não é passível de apreciação em sede de recurso especial.

11. Agravo regimental desprovido".

Ademais, não há a pretendida ilegalidade na obtenção das informações prestadas pelas administradoras de cartões, sem que houvesse procedimento prévio instaurado ou em curso.(art. 6º, da LC-105/01).

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.

Para que não parem dúvidas, transcrevo os dispositivos focalizados:

Art. 75, X da Lei 6374/89

"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)

Art. 509-A, VI, §§1º e 2º. do RICMS/00

"Artigo 509-A - Presume-se a ocorrência de omissão de operações e prestações de serviços tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto, nas seguintes hipóteses (Lei 6.374/89, art. 74-A, acrescentado pela Lei 13.918/09, art.12, XIII):



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-II-254698-2010

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

[...]

VI - declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito;

§ 1º - Para fins da apuração do imposto identificado nos termos deste artigo, aplicam-se, no que couberem, as disposições do artigo 509.

§ 2º - Diante da presunção de que trata este artigo, caberá ao contribuinte o ônus da prova da não ocorrência dos fatos geradores ou do pagamento do imposto”.

Portaria CAT-87, de 2006.

“Portaria CAT-87, 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.

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 nº 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. (Redação dada ao artigo pela Portaria CAT-154/11, de 09-11-2011, DOE 10-11-2011)

§ 1º - As informações referidas no caput deverão ser:

1 - fornecidas por número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ;

2 – apresentadas em arquivo eletrônico, um para cada período de referência, observando-se o “Manual de Orientação” anexo ao Protocolo ECF-04/01, de 24 de setembro de 2001, disponível no endereço eletrônico http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/protocolos/ECF/PT004_01.htm.

§ 2º - O arquivo eletrônico elaborado nos termos do § 1º deverá ser:

1 – validado pelo programa validador TEF, disponível no endereço eletrônico <http://www.sintegra.gov.br>;

2 – transmitido à Secretaria da Fazenda mediante a utilização do programa “Transmissão Eletrônica de Documentos – TED”, disponível no endereço eletrônico <http://www.sintegra.gov.br>, ou do programa “Transmissão Eletrônica de Arquivos – Connect:Direct”.

§ 3º - A Secretaria da Fazenda, mediante requerimento da empresa administradora de cartões de crédito ou débito, poderá conceder regime especial para autorizar a entrega do arquivo eletrônico em meio ou forma diversos dos previstos neste artigo.



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-II-254698-2010

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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

§ 1º - As informações deverão ser fornecidas por número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ.

§ 2º - O arquivo eletrônico deverá ser:

1 - elaborado de acordo com o "Manual de Orientação", anexo ao Protocolo ECF-04/01, de 24 de setembro de 2001;

2 - validado pelo programa validador TEF, disponível no endereço eletrônico <http://pfe.fazenda.sp.gov.br>;

3 - ser entregue na Diretoria Executiva da Administração Tributária - DEAT, situada à Av. Rangel Pestana, 300 - 10º andar - Centro - São Paulo - SP.

Artigo 2º - A Diretoria Executiva da Administração Tributária - DEAT, mediante notificação, poderá:

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.

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".

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 reflexa, amolda-se, a meu ver, ao quanto disciplinado pelo artigo 6º, da Lei Complementar n. 105/01.



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-II-254698-2010

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

Sobre o tema, valioso é o ensinamento de **EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI**, para quem, “a Lei Complementar 105, trata, pois, de mecanismo de produção de prova no procedimento administrativo, e, como tal, necessariamente inquisitório: faz parte da obrigação da autoridade fiscal seguir rigorosamente a legislação que regula o procedimento de apuração de fatos(provas) destinados a formação da motivação do ato de lançamento tributário. É tão apenas após a notificação do ato de lançamento que se deve falar em exercício do contraditório. Até então, estamos diante das atividades vinculadas da Administração, voltadas a formalização do crédito tributário. [...] Ora, sem os meios de prova necessários a constituição do lançamento o contraditório e a ampla defesa perdem seu objeto. Em verdade, é a transferência do sigilo bancário para a Administração Pública, exaustivamente disciplinada na Lei Complementar 105 e seus regulamentos, que garante e incrementa a realização efetiva do devido processo legal, sendo que qualquer ilegalidade neste procedimento estará sempre sujeita a apreciação do Poder Judiciário”. [grifei] (“in, RDT n. 107/08, Malheiros p.75-76”)

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.

Advirto que o particular teve total oportunidade de contestar a acusação fiscal nas diversas fases do contencioso administrativo.



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

CÂMARA

Superior

PROCESSO Nº

DRTC-II-254698-2010

RECURSO**RECURSO ESPECIAL**

Por tais razões e fundamentos, rejeito a alegada nulidade no lançamento tributário. Daí porque, conheço e dou provimento ao recurso intentado pela FESP, para restaurar a acusação fiscal, tal como posta no AIIM.

Plenário, 07.08-2012


CELSO BARBOSA JULIAN
RELATOR

A pedido do(a) visto ao processo a(o) SR.(a)

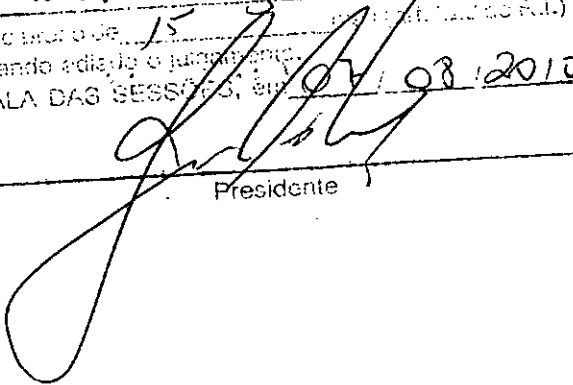
Antonio Augusto S. P. Carvalho

pelo termo de _____ (art. 12 do R.J.)

ficando editado o julgamento.

SALA DAS SESSÕES, em

07/08/2012



Presidente



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRT-CII-254698/2010

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RECORRIDA	SEE OTHER COM. ROUPAS LTDA.		
RELATOR	Dr. CELSO BARBOSA JULIAN	AIIM	
		3.126.985-0	

EMENTA

ICMS. Infrações relativas ao pagamento do imposto. "Operação Cartão Vermelho". Autuação viciada de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais". Invalidez do ato administrativo.

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 não 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".

II — Recurso desprovido.

VOTO-VISTA. ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

1) Fica adotado, sem ressalvas, o relatório elaborado pelo i. Juiz CELSO BARBOSA JULIAN.

Estou de acordo com Sua Excelência no tocante ao juízo de admissibilidade, mas daí para a frente meu entendimento é diverso.

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 informara como seu movimento tributável de determinados períodos de tempo, concluiu a Fiscalização pela ocorrência de infrações relativas ao pagamento do ICMS.

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.



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRT-CII-254698/2010

RECURSO
ESPECIAL

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".

4) Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, declarando nulo o ato administrativo veiculado no AIM.

Plenário Antônio Pinto da Silva, *10* de *setembro* de 2012

~~ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO~~

Mantenha meu voto, para conhecer e dar provimento ao REsp da fazenda pública.

Alfyllian
 GLEB BARBOSA JULIAN



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA

SUPERIOR

PROCESSO Nº

DRTC 11-254698/2010

RECURSO

ESPECIAL

VOTO EM SEPARADO

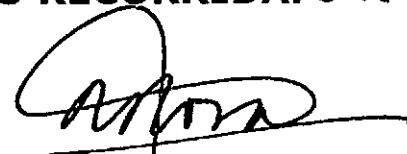
Acompanho Sr. Julian, com os fundamentos a seguir:

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 DOU PROVIMENTO**
~~MANUTENDO~~ A DECISÃO RECORRIDA. E REESTABELEÇO A
ACUSAÇÃO.

REFORMANDO


JOSÉ ROBERTO ROSA

Com o Dr. Luciano

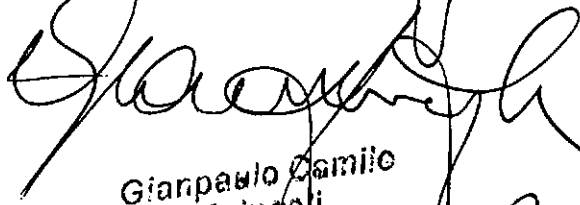
AUGUSTO TOSCANO

Com o Dr. Antonio Augusto



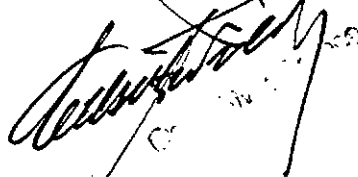
Luiz Fernando Mussolini Jr.

Com o Sr. Julian



Gianpaulo Camilo Dringoli

Com o Dr. Antonio Augusto



FRANCISCO ANTONIO FELIS

Com o Sr. Julian

EGLE PRANDINI MACIOTTA

Com o Sr. Julian

Paulo Gonçalves da Costa Junior



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

FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº

DRTC II-254692/2010

com o Sr. Antonio Augusto

Vicente do Carmo Sapienza
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

DRTC 11-254698/2010

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 11-254698/2010

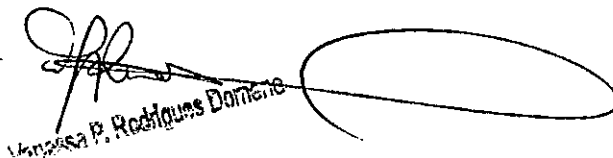
necessidade de manutenção do sigilo fiscal das informações obtidas pela Secretaria da Fazenda nas hipóteses previstas em lei, expede a seguinte portaria:"

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.

Do mais, com J. Rosa


FERNANDO MORAES SALLABERRY

Com o Sr. Antonio Augusto


Vanessa P. Rodrigues Domene

Com o Sr. Antonio Augusto



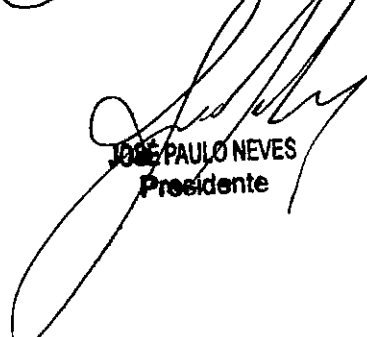
EDUARDO PEREZ SALUSSE

e/0 a José Rosa



Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Sr. José Rosa.



JOSÉ PAULO NEVES
Presidente