



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

CÂMARA	PROCESSO	RECURSO	
SUPERIOR	DRTC - II - 317695/2011	ESPECIAL	
RECORRENTE	BIG SUN COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA		
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO	AIIM 3.141.560-0	S. O.: há requerimento
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO		CAPITULAÇÃO DA MULTA	
(vide relatório)		(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 fl. 2, do qual vale transcrever o seguinte:

I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO

1. Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$..., no período de 01/01/2009 a 31/12/2009 conforme demonstrativo abaixo, apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, conforme demonstrativos anexos IC, II-A, III-A, IV, V-A, e V-B juntados. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações prestadas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, conforme disposto no inciso X do artigo 75 da lei 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da lei 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do Regulamento do ICMS/2000 e na Portaria CAT 87/2006. A apuração das diferenças mensais de levantamento foi feita conforme descrito no Relatório Circunstanciado e sobre estes valores foi calculado o ICMS utilizando-se a alíquota de 18% (dezoito por cento).

se demonstra pelas cópias dos documentos juntadas.

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

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

2) A ementa da decisão recorrida:

ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. LEVANTAMENTO FISCAL. OPERAÇÕES DE VENDA COM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO.

1. Infração: Deixou de pagar o ICMS, em valor apurado por meio de levantamento fiscal; movimento real tributável apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão de crédito e/ou débito.

2. Preliminares afastadas.

3. Mérito: as provas foram obtidas de forma lícita. Há procedimento fiscal em curso, não existindo motivo para o afastamento da aplicação da Lei 6.374/89 e da Portaria CAT 87/06, tendo em vista que referidas normas estão em pleno vigor. A uma, porque a LC nº 105/01 permite que o fisco obtenha informações sobre as operações financeiras dos usuários de serviços de instituições financeiras sem a necessidade de autorização judicial, desde que exista processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. A duas, porque existe procedimento fiscal em curso consubstanciado no plano de trabalho para a Operação Cartão Vermelho, que, mesmo não específico, é ato administrativo apto a instaurar procedimento fiscal para obtenção de informações dos contribuintes do ICMS junto às empresas operadoras de cartão de crédito/débito. Da análise dos documentos juntados pelo Fisco verifica-se que a materialidade da infração está comprovada, enquanto que o contribuinte não apresentou qualquer prova que pudesse infirmar o trabalho fiscal.

4. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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, e quando o fez, adotou conclusões equivocadas que não traduzem a realidade dos autos, fato que não pode ser admitido, pois da questão em pauta resultará toda a estabilidade de uma empresa";



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRTC – II – 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

- (ii) "De fato, a d. fiscalização utilizou-se de dados obtidos de terceiros, de modo ilegal, destaque-se, como ponto de partida do próprio "levantamento fiscal", o que comprova a ilegalidade do ato de lançamento";
- (iii) "Vale dizer que para a digna juíza relatora bastaria que o procedimento fiscal atendesse ao quanto determinado pelo artigo 75, inciso X da lei nº 6.374/89, acrescentado pelo art. 2º da lei nº 12.294/06, pouco importando o critério temporal da quebra do sigilo de dados";
- (iv) "...o auto exordial é de fundamentação precária, fundado em meras presunções fiscais, prejudicando o eficiente direito constitucional de defesa em face da fragilidade das informações nele contidas e da ausência de correta descrição do fato infracional, o que conduz à sua nulidade";
- (v) "Na acusação de diferença apontada em levantamento fiscal, como lançada pelo fisco, não se pode dizer que a exigência decorreria de "levantamento fiscal", uma vez que para tal apuração, esta deveria ser elaborada na forma exigida pelo artigo 509 do RICMS, que não foi seguido pelo fisco, pois no indigitado trabalho fiscal não foram considerados os requisitos ditados pela norma, nem mesmo quaisquer outros elementos, como por exemplo, os balanços patrimoniais, lançamentos contábeis, que deixaria evidente não existir qualquer diferença apurada por levantamento fiscal";
- (vi) "Sobre o mérito a Recorrente ressalta que a d. Fiscalização agiu com discricionariedade, haja vista que sequer analisou todos os documentos fiscais da Recorrente que comprovam a regularidade de suas operações";
- (vii) "Por necessário, há de se reiterar a questão das multas, uma vez que a aplicação dessas penalidades nos montantes em quem se verifica, se já não bastasse o fato de a Recorrente não ter cometido qualquer infração, mostra-se absolutamente ilegal, pois nitidamente confiscatórias";
- (viii) "A aplicação de juros, como feita pelo fisco na exordial é ilegal. Soma-se a isso o fato de que a definição dos juros relaciona-se com a apuração da obrigação tributária, ou mesmo do crédito tributário, tratando-se, em ambos os casos, de matéria sujeita a disciplina por Lei Complementar – art. 146, III, "b", da CF-88. E o CTN, com status de Lei Complementar, prevê a incidência de juros à razão de 1% ao mês, salvo se leu dispuser de forma diversa (art. 161, § 1º).

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, vem a Recorrente à presença de V.Sas. requerer o conhecimento e provimento do presente Recurso Especial, para que seja anulada a r. decisão proferida, pelas razões aduzidas. Em não sendo este o entendimento de V.Sa., requer-se o cancelamento das imputações fiscais com supedâneo nas razões preliminares e de mérito, ou, quando menos, a relevação ou redução das multas aplicadas, como medida de JUSTIÇA!!!

4) Contrarrazões às fls. 567-580.

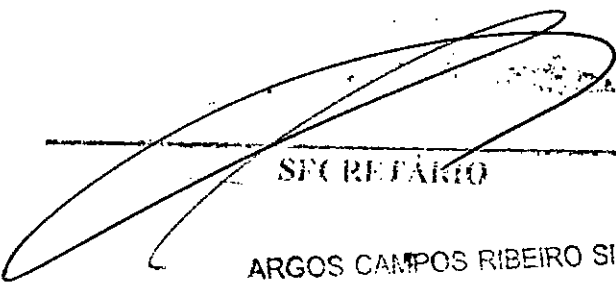
5) Era o que havia para relatar até o momento. Tendo em vista que a Administrada pleiteou lhe fosse dada a oportunidade de exercer o seu direito de sustentar de forma oral as razões do Recurso, aguarda-se a produção do ato.

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA SUPERIOR
SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIFICANDO que o Sr. ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES compareceu
à Sessão de 31/05/2012.

SALA DE SÊDES

31 05 2012



SECRETÁRIO

ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRTC - II - 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	BIG SUN COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA		
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RELATOR	ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO	AIIM 3.141.560-0	

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 provido.

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. Deixo de examinar parte dos argumentos trazidos à balha pela Recorrente porque um deles é bastante para que se dê provimento ao apelo. 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
DRTC - II - 317695/2011

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 AIM.

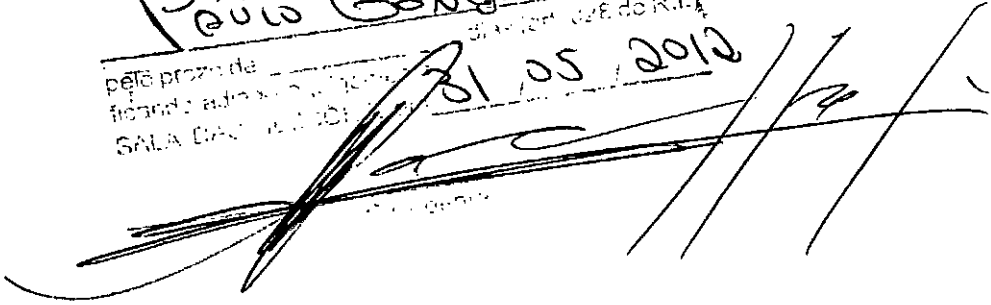
Plenário Antônio Pinto da Silva, *31* de *março* de 2012

[Handwritten signature]
 ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

A pedido dou vista ao processo a(o) SR. (a)
A pedido de Paulo Gonçalves

petição prozida
ficando a auto em 2...
SALA DA... 01

01/05/2012

A large, stylized handwritten signature in black ink, possibly reading 'Paulo Gonçalves', is written across the lower portion of the document. The signature is accompanied by several diagonal and horizontal scribbles, some of which appear to be additional initials or marks.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	BIG SUN COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO				
RELATOR(A)	ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO	AIIM	3.141.560-0	S. ORAL	S
EMENTA					
EMENTA: OPERAÇÃO "CARTÃO VERMELHO" - LEVANTAMENTO FISCAL ELABORADO COM ESTEIO EM INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO - ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA - IMPROCEDÊNCIA - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR - RECURSO DO CONTRIBUINTE AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO, REFUTADAS TAMBÉM SUAS ALEGAÇÕES DE NULIDADE E A INSURGÊNCIA QUANTO AOS JUROS E À MULTA.					

Este processo administrativo foi iniciado por Auto de Infração lavrado com base em levantamento fiscal lastreado em informações prestadas por administradoras de cartão de crédito.

O julgamento proferido em sede ordinária negou provimento ao recurso ordinário do contribuinte.

Inconformada, interpôs recurso especial, no qual sustentou a ilegitimidade do trabalho fiscal, evocando paradigmas que acolheram sua argumentação.

O ilustre relator conheceu e deu provimento ao recurso do contribuinte, valendo-se fundamentalmente do argumento de que o procedimento fiscal não teria observado as regras da Lei Complementar 105/01 e do Decreto Estadual 54.240/09 quanto à obrigatoriedade de prévia instauração de processo administrativo tributário, posicionamento do qual peço vênha para discordar.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

A questão central do recurso diz respeito à legitimidade ou não das provas obtidas pela fiscalização, consistentes em informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito que indicam o recebimento, pela autuada, de valores substancialmente superiores àqueles oferecidos à tributação pelo ICMS.

O recurso do contribuinte comporta conhecimento, dado que os Acórdãos indicados para cotejo efetivamente esposaram interpretação outra sobre a legislação tributária, tendo considerado que o procedimento fiscal, em casos praticamente idênticos, estaria tismado de irregularidade.

Parece-me oportuno situar, em preâmbulo, que, de acordo com meu entendimento, o procedimento fiscal em nada afetou o direito à intimidade assegurado pelo artigo 5º, X, da Constituição da República.

A autuada é pessoa jurídica à qual não se dirige a regra constitucional. De efeito, a intimidade ali referida é precipuamente a intimidade das pessoas físicas, dos cidadãos, sem que a tanto se possa equiparar a pretensão de cobrir com um manto indevassável pessoas jurídicas que, ao revés, devem ser norteadas pela transparência, até porque o exercício das atividades econômicas é norteadado pela sua função social.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

Ademais, não se pode amesquinhar a intimidade mediante equiparação ao sigilo financeiro. A intimidade concerne à vida reservada das pessoas, às suas confidências, às suas convicções, às suas relações pessoais, à privacidade do lar, a uma gama de bens imateriais de elevado valor que efetivamente merecem a inviolabilidade constitucionalmente garantida.

A movimentação financeira, ao revés, não se confunde com a intimidade pessoal, na medida em que ela não diz respeito apenas ao seu titular, mas apresenta interesse também para a coletividade. Realmente, não se pode cogitar que a movimentação financeira fique indene a qualquer fiscalização, hipótese que importaria em sobrepor o interesse privado ao direito de todos de coibir a criminalidade, o tráfico, a sonegação fiscal e outros ilícitos cuja descoberta demanda, no mundo contemporâneo, averiguação quanto à licitude das movimentações financeiras realizadas, observados os limites e condições estatuídos pelo próprio ordenamento, nos termos, aliás, do que dispõe o artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Impositivo considerar, mais, que, no caso, não houve sequer acesso à movimentação financeira da atuada, mas mera disponibilização de dados pelas empresas operadoras de cartões de crédito e débito, sem que se possa cogitar, a meu ver, de imaginária "quebra de sigilo bancário"



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

O que houve, isto sim, foi acesso à movimentação econômica do contribuinte, foi a disponibilização, ao órgão fiscalizador, de informações acerca do numerário recebido pela empresa em operações com cartão de crédito.

Constatada a disparidade entre os recebimentos da empresa comercial e os valores declarados à Fazenda estadual, foram solicitados esclarecimentos ao contribuinte, que não trouxe qualquer elemento apto a abalar a convicção de que as entradas corresponderam a operações de circulação de mercadorias, sujeitas à incidência do ICMS, tendo a fiscalização reclamado a diferença entre o que foi declarado e o movimento real que as informações obtidas das administradoras de cartão de crédito vieram revelar.

O procedimento fiscal não violou, mas, ao revés, encontrou guarida nas disposições Lei Complementar n. 105/2001, em especial de seu artigo 6º, que prevê o acesso à movimentação financeira independentemente de ordem judicial.

Note-se que, no Estado de São Paulo, a requisição, às administradoras de cartão de crédito, de informações relativas a contribuintes do ICMS está prevista em lei (artigo 75, X, da Lei 6.374/89, na redação dada pela Lei 12.294/06), preceito regulado pelo artigo 494 do RICMS/00 e pela Portaria CAT 87/06, ausente qualquer vício apto a macular o trabalho fiscal.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

Cumpra destacar, a propósito, que o indigitado artigo 6º da LC 105/01, ao mencionar a existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, o fez para regular o exame, pelo Poder Executivo, de documentos, livros e registros das instituições financeiras, caso em que, aí sim, haveria acesso irrestrito a todos os dados, inclusive quanto à identificação da origem e destinação dos recursos movimentados.

Não é disso que trata o caso, vez que, aqui, houve solicitação, pelo Fisco, e disponibilização, pelas administradoras de cartão de crédito, apenas do volume de recursos recebidos pela autuada em operações com cartões, sem qualquer identificação da origem dos recursos. Jungida a tais limites, não me parece, em primeiro lugar, que a ação fiscal estivesse condicionada à existência prévia de processo ou procedimento administrativo.

Oportuna a reprodução do preceito, cujo texto roboras as vertentes ponderações:

"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



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

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."

Note-se que a disposição do parágrafo único, ao determinar a conservação do sigilo, reafirma o quanto exposto. Assim, nos casos em que a fiscalização tributária tiver acesso à inteireza dos dados relacionados à movimentação financeira, deve conservar o sigilo, justamente porque nessa hipótese teve acesso a dados sigilosos. Se, entretanto, as informações obtidas dizem respeito apenas à movimentação econômica, ao volume de recursos recebidos, o poder tributante pode promover o lançamento de ofício para reclamar diferenças de tributo não pago.

É oportuno considerar, a propósito, que o Código Tributário Nacional contém, há muito, disciplina consequente da matéria, em tudo harmônica aos ditames constitucionais e às demais normas do ordenamento positivo.

O artigo 195 do CTN estipula que a fiscalização tributária tem o direito amplo de ter acesso a todos os elementos de interesse para o exercício de sua função, sem que se possa conceber que o volume de recursos



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

recebidos via cartão de crédito possa permanecer na penumbra ou que, detectado o ocultamento de informações pelo sujeito passivo, possa este ver seu procedimento convalidado pela invocação de sigilo.

O artigo 197 estabelece a obrigatoriedade de que terceiros, especialmente aqueles de algum modo vinculados a movimentações financeiras, prestem as informações que lhes forem solicitadas. A regra do parágrafo único, ao ressaltar as informações cobertas pelo sigilo, conduz ao entendimento de que existem informações cobertas pelo sigilo (como aqueles atinentes à origem e destinação dos recursos), mas outras não, como se dá com o volume de recursos recebidos. Se também esta informação estivesse coberta pelo sigilo, em relação à Administração tributária, o mandamento do caput e respectivos incisos, do artigo 197, perderia sua razão de ser, pois nada poderia ser solicitado pelo Fisco.

O artigo 198, de sua parte, prevê e disciplina o sigilo fiscal, proibindo a Fazenda de divulgar informes sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo, o que leva ao entendimento de que, justamente porque não pode divulgar tais informações, a Fazenda às mesmas tem irrestrito acesso.

Impende frisar, ademais, que, mesmo que se entenda que a existência de processo administrativo prévio ou procedimento fiscal em curso constitua condição à requisição de informações às administradoras de cartão de



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

crédito, tal circunstância jamais poderia afetar a regularidade do trabalho fiscal na espécie. Afinal, a solicitação de informações às administradoras evidentemente se deu no bojo de um procedimento fiscal, de averiguações conduzidas pela fiscalização com o intuito de averiguar a correspondência entre as declarações prestadas pelo sujeito passivo e seu real movimento tributável.

Nesse compasso, a Administração adotou as cautelas necessárias e conduziu seus esforços unicamente para o objeto de efetuar o lançamento de ofício, sem jamais desbordar de suas atribuições, ausente motivo plausível para os reclamos do particular.

Assinalo que no Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que, com o advento da Lei Complementar 105/2001, legítimo o acesso, pela fiscalização tributário, à movimentação financeira de contribuintes, desde que observados os parâmetros normativos de regência. É o que dimana da ementa do Acórdão unânime exarado pela Primeira Seção, ao deslindar e dar provimento aos Embargos de Divergência, manejados pela Fazenda Nacional, identificados pelo número 608.053-RS, Relator o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. LC 105/2001 E LEI 10.174/2001. USO DE DADOS DE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS PELAS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES. APLICAÇÃO. IMEDIATA. PRECEDENTES.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

(...)

2. Também a Lei Complementar 105/2001, ao estabelecer normas gerais sobre o dever de sigilo bancário, permitiu, sob certas condições, o acesso e utilização, pelas autoridades da administração tributária, a documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras (arts. 5º e 6º)."

A mesma orientação foi reafirmada no julgamento dos Embargos de Divergência n. 726778/PR (DJU 05/03/2007), Relator o Ministro CASTRO MEIRA, com destaque para o seguinte excerto da ementa:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01E 11, PAR. 3º, DA LEI Nº 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 174/2001. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 144, PAR. 1º, DO CTN.

1. O artigo 38 da lei nº 4.595/64, que autorizava a quebra de sigilo bancário somente por meio de requerimento judicial foi revogado pela Lei Complementar nº 105/2001."



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, válido recordar o Acórdão proferido na Apelação Cível nº 0072878-57.2009.8.26.0114, Relator o Desembargador RUI STOCO, cuja ementa é por si só elucidativa:

"Apelação Cível. Mandado de Segurança. ICMS. Insurgência da impetrante contra auto de infração, oriundo da constatação, por parte do Fisco, de incompatibilidade da receita declarada com a movimentação apurada junto a administradoras de cartão de crédito e débito. Ausência de violação ao devido processo legal. Legitimidade do procedimento adotado, que se encontra respaldado pela legislação estadual pertinente. Informações, ademais, que se referem a dados bancários, mas sim, mercantis. Multa proporcional à infração perpetrada. Segurança denegada na origem. Sentença mantida. Recurso não provido."

Do voto condutor, sufragado à unanimidade, destaca-se o seguinte excerto:

"No mais, as providências adotadas pelo Fisco vêm respaldadas pela Lei Estadual n.º 12.294/2006, pelo art. 5º, do RICMS e pela Portaria CAT87/2006. Além do que, poder-se-ia invocar o disposto no art. 5º, da Lei Complementar n.º 105/2001.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

Veja-se, entretanto, que na forma como brilhantemente exposto pela r. sentença recorrida, "sequer se pode falar, no caso, como assinalado pela autoridade impetrada, em quebra de sigilo bancário, pois não consta qualquer informação sobre as transações bancárias entre a administradora do cartão e o contribuinte. A informação obtida pelo Fisco é de natureza exclusivamente mercantil, não amparada pela garantia constitucional" (fls. 406)."

Estou convicto, ante as razões elencadas, de que a obtenção de dados relacionados a cartões de crédito e débito, pela autoridade administrativa, de um lado não equivale à quebra de sigilo bancário, nem está maculada por qualquer vício, motivos pelos quais nego provimento ao recurso do particular.

Registro, ainda, em atenção à demais colocações postas no recurso especial, que não identifique qualquer nulidade na decisão recorrida, que está devidamente fundamentada e apreciou as questões que lhe foram submetidas no apelo ordinário.

A multa e os juros foram aplicados com estrita observância dos ditames legais pertinentes, sem que a meu ver se possa cogitar de confisco ou qualquer irregularidade na espécie.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-II 317695/2011

RECURSO
ESPECIAL

Face ao exposto, nego provimento ao recurso especial do contribuinte, preservando a decisão recorrida.

São Paulo, *10 de setembro de 2012*

[Assinatura]
PAULO GONÇALVES DA COSTA JUNIOR
JUIZ COM VISTA



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC 11-314695/2011

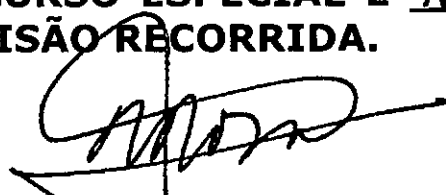
RECURSO
ESPECIAL

VOTO EM SEPARADO

Acompanho Sr. Paulo com os seguintes fundamentos.

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 NEGOU PROVIMENTO, MANTENDO A DECISÃO RECORRIDA.**


JOSE ROBERTO ROSA

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC 11-317695/2011

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".

de

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC 11-317695/11

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.

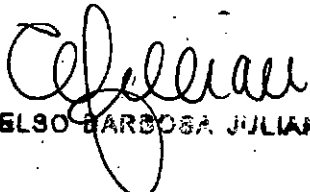
A impossibilidade de convalidamento do ato só se verificaria se daí resultasse dano ou alcance a direito subjetivo, quer da própria administração, quer de terceiros. "Não se decreta nulidade, quando se pode convalidar o ato, a menos que este(...) tenha acarretado prejuízos". (RDA-84/195)

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

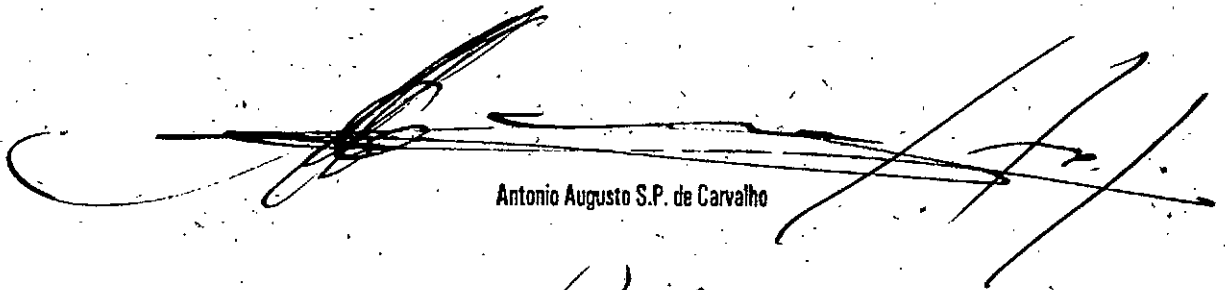
Não o fez.

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, acompanho o Dr. Paul Gonçalves.

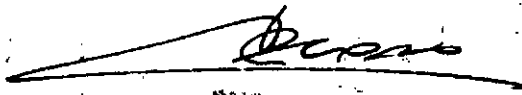

CELSO BARBOSA JULIAN

Mantenho o voto que
prejui na sessão de
31 de maio de 2012



Antonio Augusto S.P. de Carvalho

Com o Sr. Paulo



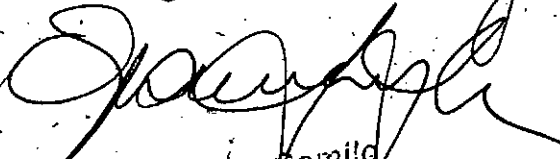
AUGUSTO TROSSELLO

Com o Sr. Antonio Augusto

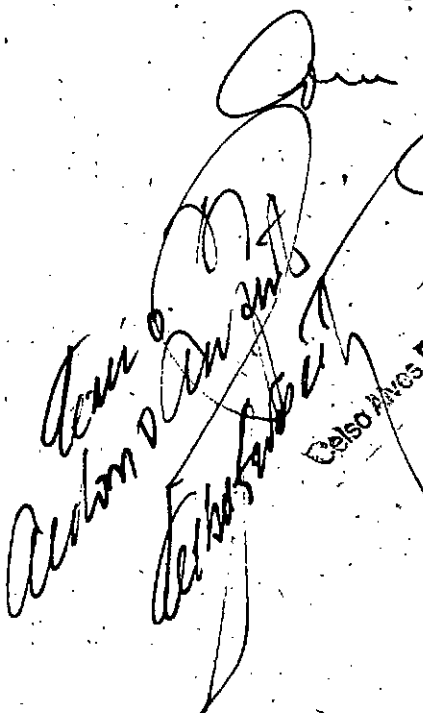


Luiz Fernando Mussalini Jr.

Com o Sr. Paulo Gonçalves

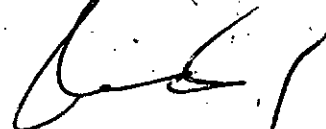


Gianpaolo Camillo
Bringoli



Celso Alves Ferraz

Com o Sr. Paulo



FRANCISCO ANTONIO FELSO

Com o Sr. Paulo



EGLE PRANDINI MACIOTTA



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

FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº

DRTC 11-317695/2011

||
por o D. Antonio Augusto
Vicente do Carmo Sapienza
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

DRTC 11-317695/2011

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 - 11-317695/2011


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.

Com Dr. Paulo e Juliana


FERNANDO MORAES SALLABERRY

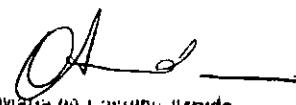
Com Dr. Antonio Augusto


Inês P. Rodrigues Damasceno

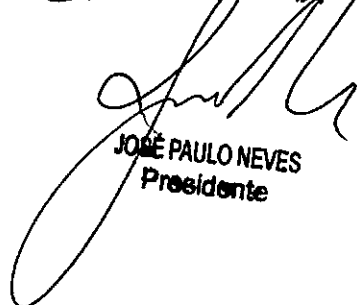
Com o Dr. Antonio Augusto


EDUARDO PEREZ SALUSSE

el o de J. Rosa


Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Dr. José Rosa


JOSÉ PAULO NEVES
Presidente