



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

CAMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-556971/2001

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RECORRIDO	LUANA LONGUINHO DE SOUZA-ME				
RELATOR(A)	AUGUSTO TOSCANO	AIIM	3150500-4	S.ORAL	
ASSUNTO					
Falta de pagamento do imposto apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento nos artigos 509 e 509-A do Ricms/00- Movimento real tributável apurado com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito de acordo com o disposto no inciso X ,do artigo 75 da Lei 6.374/89.					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
Arts.58, arts.87, arts.215, arts.223, art.253,do Ricms/00.			Artigo 527,inc.I, alínea " a " c/c §§ 1º e 10,do Ricms/00.		

RELATÓRIO

01-Da decisão não unânime de fls. 195/206,de 17/11/2011,da Colenda 6ª.Câmara Julgadora que proveu o Recurso Ordinário manejado por **Luana Longuinho de Souza-ME**,a Fazenda Publica Estadual,por petição de fls.211,interpôs o presente Recurso Especial com copias das decisões elencadas como paradigmas e que se acham desde fls.212 até fls.257,verso,com razões recursais ás fls. 258/287.

O Recurso Especial teve o processamento deferido por despacho de fls.289,de 18 de janeiro de 2.012.

A Autuada ofertou contra-razões ás fls.294/303,com copias de decisões do E.G.T.I.T. ás fls.304 á 407.

Vieram-me os autos por despacho de fls.410,de 23/03/2012



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

CÂMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-556971/2001

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

02-A acusação descrita no AIIM é de :

Falta de pagamento do imposto apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento nos artigos 509 e 509-A do Ricms/00- Movimento real tributável apurado com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito de acordo com o disposto no inciso X ,do artigo 75 da Lei 6.374/89.

03-A decisão recorrida decorrente de voto-vista,objeto de desempate pela douta Presidência da Colenda 6ª. Câmara Julgadora,se assenta sobre os seguintes pontos:

"A questão aqui posta vem regulada pela Lei nº 12.294/06,que alterou a Lei nº 6.374/89,cujo artigo 2º,inciso II,alínea "x",dispõe, in verbis:

Artigo 2º-Ficam acrescentados,com a redação que segue,os dispositivos adiante indicados á Lei nº 6.374/89,de 1º de março de 1.989.

I-ao inciso VII do artigo 9º,a alínea "d"

d) a entrega ou remessa de mercadoria ou bem originários do exterior com destino á estabelecimento ou pessoa diversos daqueles que a tenham importado,arrematado ou adquirido em licitação promovida pelo Poder Publico".(NR)

II- ao artigo 75,os incisos X e XI:

X- As empresas administradoras de cartões de credito ou debito,relativamente ás operações ou prestações de serviços realizados por contribuinte do imposto;

A r.decisão transcreve o artigo 75,bem como o inciso "X" e segue aduzindo que:

" A Lei nº 12.294/06 ao introduzir o inciso X,no artigo 75 da Lei nº 6.374/89,autorizou a fiscalização estadual a prospectar informações econômicas de contribuintes do imposto junto ás operadoras de cartão de credito ,retirando do Poder Judiciário sua competência exclusiva "

E segue:



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

CAMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-556971/2001

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

“Entretanto,este procedimento,assim como as normas que o autorizam,supra transcritas,no meu entender,ferem frontalmente as disposições pertinentes a Lei Complementar nº 105/2001,cujo artigo 6º. Assim dispõe:

Depois de transcrever o citado artigo 6º da LC 105/2001,a r.decisão refere-se ao Decreto 54.240 de 14.04.2009 que em seus artigos 2º,3º e 4º versam sobre a requisição de informações de que trata o artigo 1º que cuidam de procedimento administrativo que a r.decisão entende ser necessário para a requisição de informações junto ao contribuinte.

Nesse sentido escora-se em decisão da 10ª.Câmara de Direito Publico do TJ/SP e reportando-se a existência de inúmeros julgados dos Tribunais Judiciais,menciona que no RE 387.604/RS, a Ministra Carmem Lucia ,não acolheu as razões fazendárias,albergando a tese de que o sigilo bancário,como dimensão dos direitos á privacidade- artigo 5º, inciso X ,da Constituição Federal e ao sigilo de dados –artigo 50,inciso XII, seria um direito fundamental,sob reserva legal,podendo ser quebrado no caso previsto no artigo 5º,inciso XII,in fini, ou quando colidir com outro constante da Constituição Federal também de nossa Carta Magna de 1.988.

4-A Recorrente Fazenda Publica Estadual sustenta o RESp no quanto se decidiu nos Processos DRTC-II-291413/10 da 5ª.Câmara Julgadora; DRTC-III-175386/10 da 15ª.Câmara Julgadora e no DRT-12-358034/10,da 11ª.Câmara Julgadora.

Transcreve ás fls. 258/260,trecho do acórdão combatido e,á partir de fls.260 e até fls.273,os acórdãos elencados como paradigmas,efetuando o cotejo analítico (fls. 273/274) concluindo que,fica evidente o dissídio de interpretação da legislação adotada pelo acórdão recorrido e a adotada pelos acórdãos paradigmas,pois,em sentido contrario,em outros processos originários da operação “ **CARTÃO VERMELHO**” mantiveram a acusação fiscal,**por não visualizarem,na ausência de notificação previa ao contribuinte nenhuma ilicitude por parte do Fisco,já que a realização dos trabalhos fiscais, da forma como desenvolvidos,encontra total amparo na legislação.**

No mérito,a FESP afirma que tanto a Lei Complementar,quanto o Decreto paulista e a Portaria CAT 12/10,destinam-se a proteger o sigilo dos usuários de serviços de quaisquer instituições financeiras,situação diversa da discutida nestes autos que trata de informações fornecidas periodicamente apenas por empresas administradoras de cartões de crédito/débito sobre operações ou prestações de serviço realizadas exclusivamente por contribuinte do imposto.



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

CAMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-556971/2001

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

Cita e transcreve a FESP, as referidas normas, afirmando que não há que se falar em ausência de procedimento administrativo para todos os autos de infração lavrados em decorrência de informações obtidas por meio da "Operação Cartão Vermelho" como já decidido nos Processos IC-224391/2010; 1ª- 103677/10 E 1c=290914/10, bem como quanto à questão pertinente ao "sigilo" à decisão do STJ no REsp 1.138.625-ES. Reporta-se ademais ao Convenio ECF/2001.

Acrescenta que " 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 cartões de crédito/débito, e as operações objeto do AIIM são de circulação de mercadorias cujo pagamento foi efetuado com cartões de crédito e débito, hipótese que por não caracterizar uma operação financeira, não se submete às disposições de sigilo contidas na Lei Complementar nº 105/2001.

Requer a reforma da decisão recorrida e o restabelecimento integral do AIIM.

05- Em contra-razões, a Recorrida depois de transcrever o voto-vista que se sagrou vencedor e, de se reportar ao fato de que a decisão não se debruçou em face do disposto no § 2º, do artigo 249, do C.P.C., sobre as demais questões postas pela defesa, pelo princípio da devolutividade, reafirma as razões aduzidas na inicial.

Escreve que " apesar de reconhecer a obrigatoriedade do procedimento e a garantia dos direitos fundamentais, a alegação do Fisco se contradiz ao afirmar que a Constituição deve ser interpretada literalmente. Serve-se de lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior.

Aduz que o direito ao sigilo bancário é decorrência lógica do direito à privacidade, posto que um não tem aplicabilidade sem o outro.

Diz que o abandono e o menosprezo ao direito à privacidade implica retrocesso, inclusive político, das instituições que compõem um Estado Democrático de Direito.

Refere que o T.I.T. já se pronunciou nessa direção, para o que transcreve às fls. 299/300, trechos das decisões exaradas nos Processos DRT-12=216828/2010 e DRT-2-334322/2010.

Quanto à alegação do Fisco de que teria "havido autorização previa" do contribuinte à quebra de seu sigilo de informações, diz que não consta nos autos essa pretensa autorização expressa dada pelo contribuinte.



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

CAMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-556971/2001

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

Ademais,segundo a Recorrida não teria havido levantamento fiscal,no sentido técnico que se agrega á expressão.Transcreve,á propósito,o artigo 509,do Ricms/oo (fls. 300/301).

Sustenta que não é qualquer serviço fiscal que se pode ter como levantamento e o elaborado pelo Fisco,no que tange a este processo ,não é, nem pode ter tido,como levantamento.O que o Fisco fez,foi notificar as administradoras sem autorização expressa da recorrida.

A prova,portanto,foi obtida de modo ilícito,o que é vedado,nos exatos termos do artigo 5º,inciso LVI da Carta Magna.

Escreve que,na verdade houve arbitramento baseado em meras indícios ou suposições. Cita e transcreve o artigo 148,do C.T.N.

Arremata suas contra-razões,enfatizando que “ A única prova que o fisco dispõe são incertas e não comprovadas,nem cotejadas planilhas apresentadas pelas administradoras de cartões de credito,as quais,de modo nenhum,são revestidas de presunção de legitimidade ou veracidade”.

Requer a declaração de improcedência do RESp,mantendo-se integralmente a decisão anteriormente proferida,tendo em vista ás decisões paradigmáticas,bem como os fundamentos trazidos á baila pelo contribuinte.

Não há pedido/requerimento/protesto por sustentação oral.Não há juntada de memorial.O relatório contem o necessário.Encerro-o.Passo á decisão.

Plenário Antonio Pinto da Silva

Aos ___ de _____ de 2.012

Augusto Toscano- Juiz Relator



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

CÂMARA
 CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
 DRTG-I-556971/2001

RECURSO
 RECURSO ESPECIAL

VOTO

Versa a acusação deste processado sobre:

Falta de pagamento do imposto apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento nos artigos 509 e 509-A do Ricms/00-Movimento real tributável apurado com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito de acordo com o disposto no inciso X, do artigo 75 da Lei 6.374/89.

A decisão recorrida decorrente de voto-vista, objeto de desempate pela douta Presidência da Colenda 6ª. Câmara Julgadora, se assenta sobre os seguintes pontos:

"A questão aqui posta vem regulada pela Lei nº 12.294/06, que alterou a Lei nº 6.374/89, cujo artigo 2º, inciso II, alínea "x", dispõe, in verbis:

Artigo 2º-Ficam acrescentados, com a redação que segue, os dispositivos adiante indicados à Lei nº 6.374/89, de 1º de março de 1.989.

I-ao inciso VII do artigo 9º, a alínea "d"

d) a entrega ou remessa de mercadoria ou bem originários do exterior com destino à estabelecimento ou pessoa diversos daqueles que a tenham importado, arrematado ou adquirido em licitação promovida pelo Poder Público".(NR)

II- ao artigo 75, os incisos X e XI:

X- As empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviços realizados por contribuinte do imposto;

A r. decisão transcreve o artigo 75, bem como o inciso "X" e segue aduzindo que:

" A Lei nº 12.294/06 ao introduzir o inciso X, no artigo 75 da Lei nº 6.374/89, autorizou a fiscalização estadual a prospectar informações econômicas de contribuintes do imposto junto às operadoras de cartão de crédito, retirando do Poder Judiciário sua competência exclusiva "



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

CÂMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-556971/2001

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

“ Entretanto,este procedimento,assim como as normas que o autorizam,supra transcritas,no meu entender ferem frontalmente as disposições pertinentes a Lei Complementar nº 105/2001,cujo artigo 6º. Assim dispõe:

A r.decisão se assenta em que nos termos do Decreto 54.240 de 14.04.2009 que em seus artigos 2º,3º e 4º versa sobre a requisição de informações de que trata o artigo 1º,que cuidam de procedimento administrativo o entende ser necessário para a requisição de informações junto ao contribuinte.

Reforço do acórdão se sustenta em decisão da 10ª.Câmara de Direito Publico do TJ/SP;em julgados dos Tribunais Judiciais, e no RE 387.604/RS, a Ministra Carmem Lucia ,não acolheu as razões fazendárias,albergando a tese de que o sigilo bancário,como dimensão dos direitos á privacidade- artigo 5¹, inciso X ,da Constituição Federal e ao sigilo de dados –artigo 50,inciso XII, seria um direito fundamental,sob reserva legal,podendo ser quebrado no caso previsto no artigo 5º,inciso XII,*in fini*, ou quando colidir com outro constante da Constituição Federal também de nossa Carta Magna de 1.988.

Ve-se,pois que o acórdão recorrido tem como fundamentos a ofensa á LC 105/2001,ao quanto estatuído na Lei 12.294/2006 e ao estabelecido no Decreto n.54.240/2009.

Os paradigmas de acolitam o apelo Fazendário se mostram aptos á demonstração da alegada divergência de interpretação da legislação como resulta do cotejo analítico efetuado ás fls.273/274.

No meu sentir,ar.decisão é de ser reformada,porque se assenta no entendimento de que teria havido quebra do sigilo do contribuinte;não obediência ao quanto disposto no Decreto 54.240/2009 e á norma estampada na Lei 12.294/2006.

Não é o que enxergo nestes autos. O procedimento seguido pela fiscalização está de acordo com a previsão contida na Lei n.6.374/89 e na Portaria CAT 87, normativos válidos,vigentes e eficazes.

A recorrida foi devidamente notificada (fls. 07) tendo em vista a posse pela SEFAZ/SP de dados relativos ás operações efetuadas por seu estabelecimento cujo pagamento se deu através de cartões de crédito e de débito,fornecidos pelas empresas administradoras em atendimento ao disposto no artigo 75,inciso X, da Lei n.6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei n.12.294/06,no inciso X do artigo 494 do Ricms/00;na Portaria CAT 87/2006 e no Protocolo ECF 04/01 á fornecer a relação das operações efetuadas em todos os meses do ano de 2009.



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

CAMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-556971/2001

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

Logo se vê que as normas sobre as quais a r.decisão concluiu inaplicáveis ao caso (artigo 75,inciso X, da Lei n.6.374/89,introduzido pelo artigo 2º da Lei nº 12.294/2006,se achavam em plena vigência.

Daí que não pode prevalecer o entendimento sufragado no acordo enfrentado,de haveria ilegalidade no ato de obtenção, por parte da Autoridade Administrativa, dos dados relativos às operações realizadas com cartões de crédito e débito posto que, na verdade, os dados obtidos pelo Fisco Estadual não dizem respeito a informações bancárias,mas sim informações financeiras do contribuinte relativas às suas transações comerciais.

De outra banda,também não constato a ocorrência de quebra de sigilo como sustentado ter se verificado nos termos do disposto no artigo 6º, da LC 105/2001,pois a quebra de sigilo além de não ser absoluta,neste caso não ocorreu,uma vez que,quanto á prestação de informações ao Fisco acha-se obrigado todo contribuinte do imposto, e á prestação de informações pelas Administradoras de cartões de crédito e de débito,de igual se acham reguladas pela legislação.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a do Tribunal Regional Federal da 48 Região, reconhecendo a possibilidade de a autoridade administrativa ter acesso aos dados financeiros do contribuinte quando houver procedimento fiscal em curso, sem a necessidade de prévia autorização do Poder Judiciário, conforme segue:

TRIBUTÁRIO SIGILO BANCÁRIO LEI CDMPLEMENTAR N. 105/2001.UTILIZAÇÃO. DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PARA A constituição. DE CRÉDITO REFERENTE A DUTRDS TRIBUTOS. POSSIBILIDADE DISSIDIO. JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA N. 83 DO. STJ.

A teor do art. 6º da LC n. 105/01, a autoridade fazendária pode ter acesso às informações bancárias do contribuinte quando houver procedimento administrativo fiscal em curso, sem o crivo do judiciário.

'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' - Súmula n. 83 do STJ.

Recurso especial não.conhecido.

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. PREVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE

As informações sobre o patrimônio das pessoas não se inserem nas hipóteses previstas pelo artigo 5º,inciso X, da CF/88, porquanto o patrimônio não se confunde com a intimidade, a vida privada a honra e a imagem

Ainda que se pudesse entender que o artigo 6º, da Lei 8.021/90 tenha extrapolado o limite estabelecido pela LCP - 4.595/64, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 196, inciso 11,estabelece que os bancos são obrigados a emprestar a autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros. Desnecessária, assim, a prévia autorização judicial.



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

CÂMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-556971/2001

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

*Remessa oficial provida. (TRF 4º Região - Rem. ex officio 97.04.20361-6-RS - DJ, Seção 2, 02.07.99,p. 535 - Rei. Juiz Fernando Quadros da Silva) .
MEDIDA CAUTELAR /11' 7.513 - SP (2003/0223357-0)*

Como precedentes deste E. TIT, merecem destaque a decisão da Colenda 68 Câmara Efetiva no **Processo DRTC-I-63757/2008**, relator **Dr. Pasqual Totaro**, que abordou esse tema, afastando o mesmo tipo de alegação, na sessão de 26/02/2009. (Publicada no D.O.E. de 18/04/2009), bem como as decisões da relatora **Cacilda Peixoto**, nos autos do Processo **DRT-04-155065** julgado em 13/01/2009 (Publicada no D.O.E. de 21/03/2009) perante a 5ª (Câmara Efetiva e também a decisão no Processo **DRT-05-724496/2008**, julgado na sessão de 24/09/2009, pela 5ª. Câmara Julgadora, nas quais restaram mantidos os correspondentes autos de infração.

O fisco não agiu com discricionariedade ou deixou de analisar documentos fiscais do recorrente; o fisco se fundou em informações prestadas pelo ora recorrente a esta Sefaz, que foram confrontadas com informações obtidas das empresas administradoras de cartões. A diferença encontrada foi considerada como operação tributada vez que, preliminarmente à lavratura do AIIM, o estabelecimento teve ciência dos valores informados pelas empresas administradoras e foi notificado a prestar informações, permanecendo, contudo, inerte.

Ademais, os valores, prestados por terceiros, poderiam ser relativizados e não deveriam ser considerados de maneira absoluta, até porque as provas do fisco gozam de presunção "***iuris tantum***". Ocorre que a recorrida e, como referido, não apresentou qualquer prova em contrário quando da resposta a notificação. Da mesma forma, nada apresenta até a interposição da presente peça recursal.

É de concluir que o fisco observou as disposições contidas no artigo 509 do RICMS/00, que exige que sejam incluídos todos os valores no movimento real tributável.

O trabalho fiscal foi baseado em valores obtidos junto à Administradoras de cartões de crédito e de débito e em valores declarados pelo recorrente, únicos disponíveis à fiscalização e que gozam de presunção de veracidade na medida em que o recorrente nada apresentou como contraprova para desconstituí-los.

Restaria verificar se o comando contido no Decreto 54.240/2009, teria sido desatendido, no que se refere ao processo administrativo ou procedimento prévio e, sou de parecer, que a resposta deve ser negativa.

Com efeito, em vista, exatamente, a legislação citada pela r. decisão e bravamente argüida pela Recorrida em suas bem elaboradas contra-razões como a que teria sido infringida pelo Fisco, face a flagrante inobservância das normas nela estampadas (processo administrativo ou procedimento prévio de fiscalização) Decreto nº 54.240/2009 é que concluo por não vislumbrar a alegada ofensa, pois o Fisco realizou o trabalho fiscal



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

CAMARA
 CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
 DRTC-I-556971/2001

RECURSO
 RECURSO ESPECIAL

embasado em procedimento prévio; procedimento prévio esse que se constituiu na notificação acima referida ;previa á lavratura do AIIM,iniciando-se o referido procedimento tendo como objeto á prestação de informações pela Recorrida (obrigada á tanto como contribuinte do imposto) no que restou desatendida.

Desse modo,a r.decisão não pode subsistir sobre os fundamentos em que se acha alicerçada,ou seja de que teria havido as ofensas alegadas,uma vez que: quanto á LC 105/2001,não me acode nenhuma duvida de que não impede que o Fisco requisite e obtenha informações sobre operações financeiras junto ás administradoras de cartões de credito e de debito,sem a necessidade de autorização judicial,pois no caso existia devidamente instaurado o procedimento fiscal prévio mediante a devida notificação do contribuinte á prestar informações a que se acha obrigado e ás administradoras de fornecer as informações como previsto na legislação.

Não há,pois,sustento para o acórdão.Por oportuno é de se gizar que as operações tem como referencia todos os meses do ano de 2.009, quando em plena vigência e eficácia as normas legais e regulamentares que regem o procedimento.

Entendo,ao revés do entendimento posto no acórdão recorrido,que há procedimento fiscal,procedimento esse fundamentado no plano de trabalho elaborado para a chamada "**OPERAÇÃO CARTÃO VERMELHO**" que ainda que não se vislumbre tratar-se de ato especifico,tenho que se cuida de ato administrativo que se mostra,portanto,apto á instauração de procedimento fiscal para o fim de obtenção de informações dos contribuintes sujeitos ao ICMS,junto ás administradoras de cartões de crédito e debito,as quais de seu turno também se acham á tanto obrigadas,nos termos da Lei nº 6.374/89 alterada pela Lei nº 12.294/2006 que acrescentou ao artigo 75, da Lei nº 6.374/89 o inciso X.

Isto posto,presentes os pressupostos de admissão do Recurso Especial,força de paradigmas elencados e devidamente cotejados demonstrarem divergência na interpretação da legislação,conheço e provejo o apelo tirado tempestivamente pela **Fazenda Publica Estadual** para o fim de reformando a r.decisão combatida,restabelecer na integra a acusação lançada no AIIM.

Plenário Antonio Pinto da Silva

Aos 24 de abril de 2.012


 Augusto Toscano- Juiz Relator

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

VANESSA DOMINGOS

peio prazo de _____

ficando adido o _____

SALA DA S _____

[Signature]

27 04 2012



FLS.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO N.º	RECURSO
CÂMARA SUPERIOR	DRTC I – 556971/2011	RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL					
RECORRIDO	LUANA LONGUINHO DE SOUZA					
RELATOR (A)	Augusto Toscano	AIIM	3.150.500-4	S. ORAL	NÃO	
EMENTA						
ICMS. OPERAÇÃO "CARTÃO VERMELHO". AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO SEM A OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI E PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE DA AÇÃO FISCAL.						
RECURSO FAZENDÁRIO NÃO PROVIDO.						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA			
- Art. 58, 87, 215, 223 e 253 do RICMS/00.			- Art. 527, I, "a", do RICMS/00.			

VOTO-VISTA

Pedi vista dos autos para melhor expor meu entendimento acerca do assunto.

Trata-se de questão atinente à operação denominada "Cartão Vermelho", que tem por objeto fiscalizar contribuintes do ICMS cujo volume de venda informado é inferior às quantias movimentadas junto às administradoras de cartões de crédito e débito.

Divergindo dos argumentos apresentados pelo d. relator do recurso especial, aproveito a oportunidade para expor meu entendimento acerca do tema, apontando, um a um, os motivos pelos quais defendo o cancelamento do auto de infração.

Da quebra de sigilo – inobservância da LC 105/2001, do Decreto Estadual n. 54.240/2009 e da Portaria CAT n. 12/2010:

Tenho para mim que a fiscalização que deu início ao AIIM – que se iniciou com a obtenção das informações financeiras do contribuinte junto às empresas administradoras de cartões de crédito e débito – se deu à margem do que determina a Lei Complementar n. 105/2001 e o Decreto Estadual n. 54.240/2009.

Assim dispõe o art. 6º da LC n. 105/2001:

"Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos



FLS.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
CÂMARA SUPERIORPROCESSO N.º
DRTC I – 556971/2011RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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.”

Já o Decreto Estadual n. 54.240/2009 (“regulamenta a aplicação do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas”), prescreve o seguinte:

“Artigo 1º - Este Decreto regulamenta a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, nos termos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, bem como estabelece os procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas.

Artigo 2º - A requisição de informações de que trata o artigo 1º somente poderá ser emitida pela Secretaria da Fazenda quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.

§ 1º - Considera-se iniciado o procedimento de fiscalização a partir da emissão de Ordem de Fiscalização, de notificação ou de ato administrativo que autorize a execução de qualquer procedimento fiscal, conforme previsto no artigo 9º da Lei Complementar Estadual 939, de 3 de abril de 2003.

§ 2º - A Secretaria da Fazenda poderá requisitar informações relativas ao sujeito passivo da obrigação tributária objeto do processo administrativo tributário ou do procedimento de fiscalização em curso, bem como de seus sócios, administradores e de terceiros ainda que indiretamente vinculados aos fatos ou ao contribuinte, desde que, em qualquer caso, as informações sejam indispensáveis.

Artigo 3º - Para efeito desta lei, será considerada como indispensável a requisição de informações de que trata o artigo 1º nas seguintes situações:

I - fundada suspeita de ocultação ou simulação de fato gerador de



FLS.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
CÂMARA SUPERIORPROCESSO N.º
DRTC I - 556971/2011RECURSO
RECURSO ESPECIAL

tributos estaduais;

II - fundada suspeita de inadimplência fraudulenta, relativa a tributos estaduais, em razão de indícios da existência de recursos não regularmente contabilizados ou de transferência de recursos para empresas coligadas, controladas ou sócios;

III - falta, recusa ou incorreta identificação de sócio, administrador ou beneficiário que figure no quadro societário, contrato social ou estatuto da pessoa jurídica;

IV - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

V - obtenção ou concessão de empréstimos, quando o sujeito passivo deixar de comprovar a ocorrência da operação;

VI - indício de omissão de receita, rendimento ou recebimento de valores;

VII - realização de gastos, investimentos, despesas ou transferências de valores, em montante incompatível com a disponibilidade financeira comprovada;

VIII - fundada suspeita de fraude à execução fiscal."

(grifei)

Vê-se, pois, que a legislação de regência autoriza o exame dos documentos, livros e registros de instituições financeiras somente após devidamente formalizado o processo administrativo, ou havendo procedimento fiscal em curso, se o exame for considerado indispensável pela autoridade administrativa competente.

Neste sentido, o fato de as administradoras de cartão de crédito/débito terem a obrigação de apresentar/exibir os documentos fiscais, não significa que estes podem ser examinados previamente à instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal.

Os arts. 4º a 6º do Decreto n. 54.240/2009 ainda dispõem que:

"Artigo 4º - Compete ao Agente Fiscal de Rendas propor a requisição de



TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRTC I – 556971/2011

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

informações de que trata o artigo 1º por meio de Ofício com relatório circunstanciado que:

I - comprove a instauração de processo administrativo tributário ou a existência de procedimento de fiscalização em curso;

II - demonstre a ocorrência de alguma das situações prevista no artigo 3º;

III - especifique de forma clara e sucinta as informações a serem requisitadas bem como a identidade de seus titulares;

IV - motive o pedido, justificando a necessidade das informações solicitadas.

Artigo 5º - São competentes para deferir a proposta de requisição de informações de que trata o artigo 4º, o Delegado Regional Tributário e o Diretor-Executivo da Administração Tributária.

Artigo 6º - Desde que não haja prejuízo ao processo administrativo tributário instaurado ou ao procedimento de fiscalização em curso, deferida a expedição da requisição pela autoridade competente, a pessoa relacionada com os dados e informações a serem requisitados será, antes do encaminhamento da requisição às pessoas referidas no artigo 7º, formalmente notificada a apresentá-los espontaneamente no prazo de até 15 (quinze) dias, prorrogável a critério da autoridade competente."

Não menos relevantes são, ainda, as prescrições contidas nos arts. 1º e 2º da Portaria CAT n. 12/2010, cujo teor também não foi observado pela fiscalização:

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

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

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

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



FLS.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
CÂMARA SUPERIORPROCESSO N.º
DRTC I – 556971/2011RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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

(grifei)

Da leitura das disposições acima se pode denotar que são condições à quebra de sigilo, nos moldes preconizados pela LC n. 105/2001, Decreto n. 54.240/2009 e Portaria CAT n. 12/2010:

- (i) procedimento fiscal previamente instaurado;
- (ii) caráter indispensável da medida;
- (iii) motivação do pedido;
- (iv) proposta de requisição específica pelo Agente Fiscal à autoridade competente;
- (v) deferimento da proposta de requisição de informações;
- (vi) notificação do contribuinte para apresentação das informações de forma espontânea;
- (vii) caso não atendida esta última, envio de requisição de informações à administradora de cartões de crédito.

Observe-se, assim, que o objetivo final da existência de tais procedimentos, inclusive os disciplinados pela Portaria CAT 12/2010, é evitar a utilização, pela fiscalização, de dados sigilosos, quando é possível obter informações fiscais do próprio contribuinte, e por outros meios. De outro lado, as normas também evitam que os agentes fiscais utilizem dados relativos às operações financeiras dos contribuintes com desvio de finalidade.

Todavia, muito embora a normatização tenha partido da própria Administração Tributária, vejo que nos casos como o dos autos tais normas não têm sido devidamente observadas, uma vez que o Fisco vem lançando mão dos dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito antes mesmo do seu fornecimento pelo contribuinte.

Nas autuações decorrentes da chamada “Operação Cartão Vermelho” observa-se que o Fisco apenas procurou conhecer os dados do contribuinte quando já estava de posse das informações das administradoras de cartões, em clara inobservância ao procedimento específico imposto pela própria Administração Tributária e, ainda, em clara ofensa ao princípio da ampla defesa, já que o trabalho fiscal seguiu sem que o contribuinte tivesse conhecimento de todos os



TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO N.º
DRTC I – 556971/2011

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

dados relativos a este.

Vale destacar que, nos termos do art. 100, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos “os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas”.

O exame do ato administrativo, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, *“revela nitidamente cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto”* (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2005, pg. 151). E, no entender da doutrina dominante, o mérito, que admite o exercício da discricionariedade, recai apenas sobre o objeto e o motivo do ato, o que significa dizer que a competência, a finalidade e a forma são sempre vinculados.

Desta forma, a não observância da legislação pertinente no caso concreto leva à conclusão de que a quebra do sigilo foi realizada à margem da lei, pois que contrária às normas previstas pelo ordenamento à sua realização.

Vale esclarecer que não se está, aqui, a se discutir a legalidade da própria quebra de sigilo (o que seria vedado nos autos deste processo administrativo), mas sim, se está a constatar a não observância da forma devida no que diz respeito à concretização da quebra, o que torna nulo o procedimento fiscal que culminou no AIM.

Da Portaria CAT n. 87/2006:

No tocante à Portaria CAT n. 87/2006, esta extrapola a autorização conferida pelo art. 75, X, da Lei n. 6.374/89, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.294/2006.

Isto porque a lei paulista apenas dispõe que as operadoras de cartão de crédito não podem “embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigadas 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: (...)”. Daí que se pode afirmar que as imposições da Portaria CAT 87/2006 extrapolarão a própria lei ao determinar que as administradoras de cartão de crédito devam se sujeitar à entrega periódica, à Administração Tributária, de seus dados. Como já mencionado, esta prerrogativa pertence somente à União.

Não obstante, entendo que independentemente da validade da Portaria CAT 87/2006, o procedimento previsto no Decreto n. 54. 240/2009 e na Portaria CAT 12/2010 deveria ter sido observado, eis que se trata de procedimento específico, garantidor de direitos tanto do Estado como do contribuinte.

**TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS**CÂMARA
CÂMARA SUPERIORPROCESSO N.º
DRTC I – 556971/2011RECURSO
RECURSO ESPECIAL

O auto de infração lavrado contra o contribuinte, no caso dos autos, transforma em regra a exceção (quebra das informações sigilosas), não devendo, por isso, proceder.

Observe-se que à Administração Estadual não é vedado o direito de confrontar os dados fornecidos por instituições financeiras para fins de cotejo com as informações prestadas pelos contribuintes, mas assim deve fazer se tais exames forem considerados indispensáveis e se preexistente um processo administrativo devidamente instaurado ou procedimento fiscal em curso.

Não obstante todo o exposto, e na hipótese de superadas todas estas questões, há de ser observado, ainda, um último ponto, especificamente em relação aos autos de infração que abrangem períodos anteriores a 07/03/2006. Veja-se:

Da irretroatividade da Lei n. 12.294/2006:

Como sabido, as autuações levadas a efeito no âmbito da Operação Cartão Vermelho estão apoiadas nas informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito ao fisco paulista em razão da alteração legislativa imposta pelo art. 2º, II, da Lei n. 12.294/2006:

“Artigo 2º - Ficam acrescentados, com a redação que se segue, os dispositivos adiante indicados à Lei n. 6.374, de 1º de março de 1989:

(...)

II – ao artigo 75, os incisos X e XI:

X – as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto;

(...).”

Nos termos do art. 5º da mencionada lei, no entanto, esta entrou em vigor somente na data de sua publicação, que se deu em 07/03/2006. Daí que se está autorizado a afirmar que somente a partir de tal data o fisco poderia utilizar as informações transmitidas pelas administradoras para o fim de exigir eventuais diferenças a título de ICMS.

Neste sentido este tribunal assim já decidiu:



FLS.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
CÂMARA SUPERIORPROCESSO N.º
DRTC I - 556971/2011RECURSO
RECURSO ESPECIAL

"ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DE IMPOSTO. LEVANTAMENTO FISCAL. MÉRITO. Operação cartão vermelho. Impossibilidade de aplicação do regramento contido inciso II do artigo 2º da Lei nº 12.294/2006 antes de 07.03.2006. Princípio da irretroatividade. Recurso parcialmente provido."

(Processo DRT 12 - 264485/2010 - Recurso Ordinário - pub. em 08/01/2010).

Inexigíveis, pois, o crédito tributário relativo aos períodos anteriores à vigência da Lei n. 12.294/2006 (07/03/2006).

Por todo o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do apelo fazendário, por entender que é nulo o trabalho fiscal que culminou no AIIM.

Plenário, 18 de setembro de 2012.

Vanessa Pereira Rodrigues Domene
Juíza Relatora Convista

AUGUSTO TOSCANO



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC 1-556971/2011

RECURSO
ESPECIAL

V O T O EM SEPARADO

Acompanho o Sr. Toscano, 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,**
~~REFORMANDO~~ A DECISÃO RECORRIDA. E RESTABELEÇO A
 REFORMANDO 'ACUSAÇÃO'


 JOSÉ ROBERTO ROSA

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTU I - 556941/2011

RECURSO
Especial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC I. 556971 / 2011

RECURSO
Especial

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

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

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

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

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

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

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

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

Sob este prisma, o próprio AIIM informa:

(a) já havia ordem de serviço de fiscalização, baseado em plano de trabalho da DEAT, denominado “Operação Cartão Vermelho”;

(b) a contribuinte foi previamente intimada a prestar os esclarecimentos necessários e apresentar os documentos que viessem a desfazer a pretensão fiscal de presunção de vendas omitidas da tributação.

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

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

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

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

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

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

Não o fez.

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

Por tais razões, Acompanho o Dr. Toscano.


CELSONTONIO DE SOUZA



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

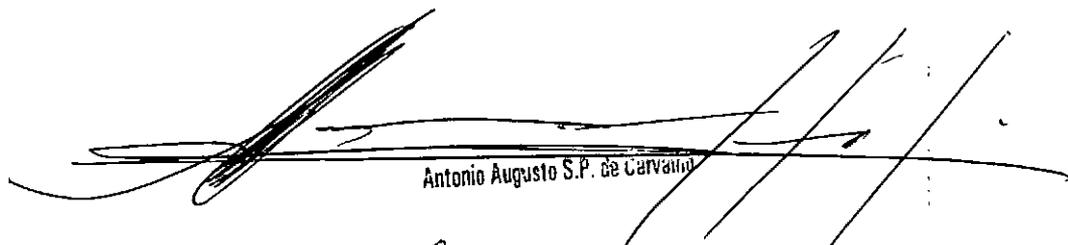
FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº

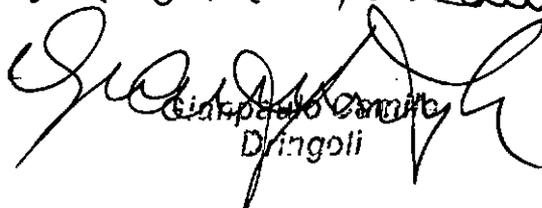
DRT- I. 556971/2011

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


Antonio Augusto S.P. de Carvalho

Pela nulidade,
acompanhando as razões
do Sr. Antonio Augusto e
da Sr. Vanessa



Luiz Fernando Mussalini Jr.
Com o Sr. Toscano

Dringoli

Com o Sr. Antonio Augusto

[Handwritten signature]

Celso Alves Feitosa

Com o Sr. Francisco

[Handwritten signature]

FRANCISCO ANTONIO PEIJO

Com o Sr. Torquato

[Handwritten signature]

EGLER PRANDINI MACIOTTA

Com o Sr. Juarez

[Handwritten signature]

Paulo Gonçalves da Costa Junior

Com o Sr. Antonio Augusto

[Handwritten signature]

VICENTE DO CARMO SAPIENZA

[Large handwritten flourish]

DRTC I. 556971/2011

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 J-556971/2011

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

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

No mais, com Dr. Toscano


FERNANDO MONTEIRO GALLABERRY

Com a Srta Vanessa



EDUARDO PEREZ SALUSSE

do Sr. J. Rosa



Olga Maria de Castilho Arruda

Com a Sr. Sasi Rosa



JOSÉ PAULO NEVES
Presidente