

Relação: 0019/2012 Teor do ato: Vistos. Ana Carolina Almeida Silva ME, qualificada a fls. 2, ajuizou ação de conhecimento de procedimento comum ordinário em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, alegando que: "é pequena empresa dedicada ao comércio" e teve lavrado contra si AIIM (auto de infração e imposição de multa) de n. 3.129.230-6 em que se lhe imputou a falta de recolhimento de ICMS entre maio de 2007 e dezembro de 2008, período em que "estava - como nunca foi excluída - no 'Simples Paulista' e, depois, no 'Simples Nacional'"; lavrou-se o AIIM em seu detrimento com base apenas em "informações unilaterais supostamente obtidas diretamente das administradoras de cartões dentro da operação de fiscalização designada Operação Cartão Vermelho (com esteio no artigo 2º da Lei n. 12.294/06), sem autorização judicial prévia ou sequer prova de que efetivamente tais informações tenham sido fornecidas de fato pelas empresas administradoras de cartões de débito e crédito"; não confirmou as informações obtidas pela ré, o que era até impossível fazer por ter-lhe sido concedido prazo de apenas 10 dias para manifestação a seu respeito e por carecerem de dados concretos (nomes dos supostos clientes, datas das supostas compras, etc.) além de não haver comprovação de sua origem efetiva; a obtenção dos informes pela ré violou a garantia constitucional da intimidade e do sigilo bancário além de atentar contra a ampla defesa, o contraditório, a moralidade administrativa e o devido processo legal além de ofender o "artigo 142 do Código Tributário Nacional" por ter sido apenas "com esteio em indícios e presunções e ficções jurídicas"; tentou, debalde, reverter a lavratura do AIIM na esfera administrativa, vindo a ser imposta por ele multa confiscatória; é nulo o processo administrativo instaurado por não se terem nele apreciado questões que suscitou a respeito da falta de provas da origem das informações empregadas pela ré e da exclusão do Simples Paulista e do Simples Nacional sem apuração regular do crédito tributário; nulo é o AIIM por estar-se por ele a exigir ICMS sem ter sido excluída do Simples Paulista e do Simples Nacional e por não haver provas do que por ele se lhe imputa; não pode ser compelida a fazer prova contra si; o prazo que lhe foi concedido para manifestação (10 dias) foi insuficiente para ser lavrado o AIIM, pois deveria haver instauração de processo administrativo regular para tanto com concessão de prazo de 30 dias para defender-se; violou a ré o art. 6º da Lei Complementar Federal n. 105/01; e a multa imposta tem caráter confiscatório. Pediu, em consequência, seja invalidado o AIIM de n. 3.129.230-6. Requereu, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela para ser suspensa a exigibilidade do crédito invocado por meio daquele mesmo AIIM. Instruiu a petição inicial com os documentos de fls. 44/213. A tutela antecipada requerida foi deferida pela decisão de fls. 215/219 contra a qual se interpôs agravo de instrumento ao qual se deu provimento (fls. 291/294). Citada (fls. 231), a ré ofereceu contestação (fls. 260/278), aduzindo que: a autora somente optou pelo Simples em 1º de janeiro de 2009; a fiscalização efetivada nas operações da autora foram lícitas e tiveram espeque no art. 148 do C.T.N., no art. 74 da Lei Estadual

n. 6.374/89 e no art. 574 do RICMS/91; foi lavrado o AIIM, oportunizando-se prévia manifestação da autora; e lido foi lavrado o AIIM, devendo subsistir. Réplica foi ofertada a fls. 286/287. É o relatório. Passo a decidir. I Não há questões de fato a dirimir que reclamem a produção de provas em audiência ou de índole pericial pelo que, com base no art. 330, I, do C.P.C., passo à imediata apreciação da pretensão deduzida em juízo. II O AIIM (auto de infração e imposição de multa) de n. 3.129.230-6 lavrado foi em 15 de abril de 2010 (fls. 39/52), fazendo-se acompanhar de relatório circunstanciado elaborado no dia anterior (fls. 92/93), tendo-lhe precedido a lavratura a obtenção pela ré, junto a empresas administradoras de cartões de crédito e débito com as bandeiras VISA e REDECARD, de dados ou registros de operações realizadas pela autora com mencionados cartões em suas operações empresariais no período de maio de 2007 a dezembro de 2008, o que teria sido feito com espeque "no artigo 75, inciso X da Lei 6374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei n. 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000, na Portaria CAT-87, de 18/10/2006 e no Protocolo ECF 04/01" (documentos de fls. 53/55, todos com data de 6 de janeiro de 2010). E também precedentemente ao AIIM e após obter os dados em comento, a ré notificou a autora em 8 de janeiro de 2010 (fls. 75) para que prestasse esclarecimentos diversos exatamente em função daqueles mesmos dados, tanto que lhe faz menção expressa como razão de ser do ato noticiário então levado a efeito. Notificação esta repetida em 6 de abril de 2010 quanto a um dos itens da notificação originalmente feita (fls. 77). Note-se que, conforme o relatório anexado ao AIIM lavrado, "o movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas à Secretaria da Fazenda pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de débito, de acordo com o disposto no inciso X do artigo 75 da Lei n. 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei n. 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000 e na Portaria CAT-87/2006. A diferença do movimento tributável originou-se do confronto entre os totais mensais dos valores informados pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de débito, conforme acima citado, acrescidos, quando declarados, dos valores mensais de vendas feitas com outros meios de pagamento, com os valores mensais informados pelo contribuinte através das GIAs - Guia de Informação e Apuração do ICMS dos respectivos períodos. Esta diferença foi considerada como decorrente de operações tributadas e calculou-se o ICMS através da aplicação da alíquota de 18%, conforme previsto nos §§ 3º e 4º do artigo 509 do RICMS/00" (fls. 92, itens 2 e 3). De outro lado, sustenta a autora integrar o Simples Paulista e o Simples Nacional, porém não indicou, tampouco comprovou a(s) data(s) a partir da(s) qual(is) tal passou a ocorrer e, portanto, se estaria o AIIM lavrado em seu desfavor a tratar de fatos geradores posterior àquela integração ao regime simplificado de tributação. Registre-se, neste passo, ter a autora omitido a exibição, com a

petição inicial, dos documentos de fls. 127 e 130 dos autos do processo administrativo instaurado com o n. 1000105-273170/2010 e no qual buscou defender-se, de balde, do AIIM lavrado, documentos estes que indicariam ter ela optado "pelo Simples Nacional a partir de 01/01/09, sendo que até esta data era contribuinte sujeita ao Regime Periódico de Apuração (fls. 127)" (fls. 198, item 27), aspecto este, aliás, corroborado pelo teor dos documentos de fls. 274 e 275, ambos não impugnados na réplica da autora a fls. 286/287). III Analisando-se o processo administrativo de autos com n. 1000105-273170/2010, percebe-se que foi ele instaurado já a partir da notificação feita à autora, conforme cópia que se vê a fls. 75, tendo esta como supedâneo direta, exclusiva e unicamente dados "... fornecidos pelas empresas administradoras dos cartões ..." na forma dos preceitos legais e infralegais ali colacionados, incluindo a "... Portaria CAT-87, de 18-10-2006 ..." a respeito de operações efetuadas nos anos de 2007 e 2008 "... cujo pagamento se deu através de cartões de crédito e de débito ..." pertinentes à autora, dados estes não compatíveis com quaisquer outros informados eventualmente ao Fisco Estadual pela própria autora (seguiu-se à notificação a lavratura do AIIM, vindo, então, a autora a defender-se administrativamente, inclusive com interposição de recurso ordinário e requerimento de retificação de julgado, porém sempre sem sucesso; a respeito, documentos de fls. 95/208). Nada mais, prévia ou posteriormente, foi amealhado em acréscimo aos dados coligidos por meio das empresas administradoras de cartões de crédito e débito. E ditos dados acessados foram pela ré com supedâneo "no inciso X do artigo 75 da Lei n. 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei n. 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000 e na Portaria CAT-87/2006" (fls. 92, item 2). Ocorre que, se é possível concluir que os dados foram acessados legitimamente pela ré, ex vi do art. 5º, § 1º, XIII e XV, da Lei Complementar Federal n. 105/01, também cabe concluir que eram eles insuficientes para dar por lícito lavar o AIIM tal qual ocorreu. De fato, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que as administradoras de cartões de crédito são instituições financeiras em razão do disposto no artigo 17 da Lei nº 4.595, de 1964, e no artigo 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001. (STJ - Súmula nº 283)" (STJ, AgRg nos EREsp 773.792/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, v.u., j. 14.3.07, DJ 16.4.07, pág. 164). Por corolário, mister seria observar, inclusive por força do art. 192, caput, da Lei Magna Federal, a respeito das ditas administradoras de cartões de crédito e débito, o que dispõe o arts. 5º e 6º, caput, ambos da Lei Complementar Federal n. 105/01, in verbis: "Art. 5º - O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. § 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo: ... XIII - operações com cartão de crédito; ... XV -

quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente. 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". E sobre tais preceitos legais, precisas e oportunas são as seguintes colocações em âmbito doutrinário, in verbis: "O sigilo bancário, seja fundado na proteção à imunidade e à vida privada (art. 5º, X, da CF) ou no sigilo de dados (art. 5º, XII) - que, note-se, diz respeito à 'comunicação' de dados -, não é, de modo algum, absoluto. (...). No Brasil, temos tido uma sistemática ampliação do poder do Fisco para acessar dados atinentes a movimentações bancárias. O art. 145, § 1º da CF, faculta à administração tributária, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, mas para conferir pessoalidade aos impostos. O art. 197, II, do CTN já dizia da obrigação das instituições financeiras de, mediante intimação, escrita, prestarem informações sobre os bens, negócios e atividades de terceiros. A Lei 8.021/90, por sua vez, estabeleceu que a autoridade fiscal, iniciado o procedimento fiscal, poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte e instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias. Mantinha-se, pois, pressupondo que se tivesse iniciado uma investigação concreta relativamente a algum contribuinte relativamente ao qual pairassem suspeitas de sonegação. Foi com a Lei 9.311/96 que se inaugurou uma nova fase. Isso porque, em face da cobrança da CPMF, passou o Fisco a receber informações periódicas atinentes aos valores globais das operações realizadas pelos contribuintes, embora, na sua redação original, fosse vedada sua utilização para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos. A Lei 10.174, publicada em 10 de janeiro de 2001, alterando a redação da Lei 9.311, inovou, facultando à Secretaria da Receita Federal que se utilizasse de tais informações para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições com vista ao seu lançamento. A validade de tal dispositivo podia ser colocada em dúvida, pois o CTN, norma geral de direito tributário, no seu art. 197, II, conforme já referido, exigia intimação escrita, dando a entender que a prestação de informações teria de se dar caso a caso. Mas a LC 105, publicada no dia seguinte, em 11 de janeiro de 2001, ao dispor sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, traz dispositivos que dizem respeito especificamente à questão tributária, assumindo a posição de normas gerais. No art. 5º da LC 105/1, está previsto que as instituições financeiras (assim considerados os bancos,

corretoras de câmbio e de valores mobiliários, sociedades de crédito, financiamento e investimentos, sociedades de crédito imobiliário, administradoras de cartões de crédito, cooperativas de crédito, bolsas de valores etc.) informarão à administração tributária as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, identificando os titulares e os montantes globais mensalmente movimentados. Criou-se, pois, com isso, uma espécie de monitoramento mensal da atividade financeira dos contribuintes (ainda que sem a identificação da origem e natureza dos gastos) de modo a ensejar a revelação de situações em que seja ela incompatível com as informações pelo mesmo prestadas à Receita e com tributos por ele recolhidos. O art. 6º da LC 105, por sua vez, estabelece a possibilidade de, num segundo momento, já identificados os contribuintes suspeitos e instaurado o procedimento fiscal, ocorrer o exame de documentos, livros e registros das instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósito e aplicações financeiras, com vista ao indispensável aprofundamento da análise das operações financeiras do contribuinte. (...). A questão é saber se tal 'quebra' é constitucional ou não, parecendo-nos, num primeiro momento, que sim, forte no art. 145, § 1º, da CF. Há inúmeras ADINs sobre a matéria (e.g.: 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406), questionando a validade da Lei 10.174/01 e da LC 105/01, mas ainda em janeiro de 2004 sem decisão sequer liminar. É preciso ter em consideração, contudo, mesmo em se reconhecendo a constitucionalidade de tais dispositivos legais, que o Fisco não pode, simplesmente, tomar qualquer ingresso do contribuinte como receita tributável. É fundamental que associe as informações financeiras a outros dados ou que, ao menos, demonstre certa regularidade nos ingressos, pagamentos e investimentos a demonstrarem padrão de receita superior ao declarado" (Leandro Paulsen, Direito Tributário, Ed. Livraria do Advogado, 8ª ed., 2006, págs. 1.332/1.333; destaques em negrito e sublinhado nossos). Ora, embora tenha acessado os dados fornecidos pelas empresas administradoras dos cartões na forma disciplinada na Portaria CAT-87, de 18 de outubro de 2006, a respeito de operações efetuadas nos anos de 2007 e 2008 cujo pagamento se deu através de cartões de crédito e de débito pertinentes à autora, o que teria fundamento legal (art. 5º da Lei Complementar n. 105/01), a ré deixou de instaurar em seguida processo administrativo ou mesmo procedimento fiscal, inclusive para nele evidenciar os imprescindíveis aspectos tratados no art. 144, caput, do C.T.N. (fato jurídico tributável para verificar sua ocorrência quanto aos aspectos materiais, temporais e espaciais, identificar o sujeito passivo, contribuintes e responsáveis além da natureza e extensão da responsabilidade, encontrar os valores inerentes à base de cálculo e a ela sobrepôr a alíquota e apurar o montante do tributo a pagar, fixando os termos de exigibilidade, condições e formas de pagamento) mediante acesso aos documentos, livros e registros das operadoras dos cartões de crédito e débito, inclusive para associar aos documentos, livros e registros da própria autora (e também

das instituições financeiras como bancos com os quais estivesse a operar) por meio de fiscalização direta sobre eles. Ou seja, agiu a ré com base apenas nos dados das administradoras de cartões de crédito e débito tout court embora lhe coubesse agir na forma determinada pelo art. 6º da Lei Complementar Federal n. 105/01 para o que disporia então de justificativa para acessar os documentos, livros e registros das operadoras dos cartões de crédito e débito e também os documentos, livros e registros da própria autora por meio de fiscalização direta sobre eles, aqui, inclusive, com fundamento no art. 195 do C.T.N. c.c. arts. 73 e ss., todos da Lei Estadual n. 6.374/89 (daí a irrelevância de ter ficado omissa a autora mesma no exibir os dados a ela solicitados por meio da notificação que lhe foi endereçada pela ré), in verbis: "APELAÇÃO - Mandado de segurança - ICMS Fiscalização de estabelecimento comercial e apreensão de documentos fiscais e cópias de arquivos magnéticos Segurança denegada - A fiscalização e apreensão de documentos fiscais da empresa é providência autorizada pelos artigos 195 CTN, 75, 77 e 78 da Lei nº 6.374/89 e 499 e 500 do RICMS. Devida a extração de cópia autêntica do documento apreendido para entrega ao contribuinte - Recurso parcialmente provido" (TJSP, Ap. 0172226-07.2006.8.26.0000, 8ª Câmara de Dir. Público, Rel. Des. João Carlos Garcia, v.u., j. 28.9.11). Agiu, pois, a ré com ofensa ao art. 6º, caput, da Lei Complementar Federal n. 105/01, c.c. art. 192 da Lei Magna Federal, pois, ainda que se reconheça não ser absoluto o sigilo dos dados da autora no campo das operações por ela realizadas através de cartões de crédito e de débito, o acesso a eles com fundamento no art. 5º da mesma lei não a eximia de buscar elementos outros para associá-los àqueles dados, agora por meio de devido processo (ou procedimento, se o caso) legal na forma preconizada por aquele primeiro comando legal, tanto que, como decidiu mutatis mutandis o Excelso Pretório, "o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade" (AI 655.298 AgR/SP, 2ª T., Rel. Min. Eros Grau, v.u., j. 4.9.07, DJe 112 de 27.9.07). Ou como em outro precedente, também do Excelso Pretório, se expressou mutatis mutandis, inclusive de forma ainda atual, não obstante anterior à Lei Complementar Federal n. 105/01, porém sob o mesmo panorama constitucional que cabe aqui observar, "se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional" (RE 219.780/PE, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso,

v.u., j. 13.4.99, DJ 10.9.99, pág. 23). Note-se que precedentes há a considerar ilegal até mesmo o acesso da ré a dados da empresa administradora de cartões de crédito sem prévio processo ou procedimento administrativo a justificá-lo - posição já tomada por este Juízo (mas ora revisto em vista do art. 5º da Lei Complementar Estadual n. 105/01) e endossada por um de tais precedentes adiante colacionados -, in verbis: "ICMS - AIIM - Anulatória - Quebra de sigilo - Operadoras de cartão de crédito - Instituições financeiras - Levantamento fiscal Tutela antecipada - Possibilidade: - Somente no curso do procedimento administrativo a lei federal hierarquicamente superior autoriza a quebra do sigilo das informações contidas nos registros das instituições financeiras, sem prévia autorização Judicial. - Patente a verossimilhança das alegações, o perigo da demora e a reversibilidade da tutela, sua antecipação não pode ser negada. (...) A Portaria CAT nº 87. de 18.10.06, tendo em vista o disposto no inciso X do artigo 494 do RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490/00 (Artigo 494 Não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exhibir impressos, documentos, livros, programas e arquivos magnéticos relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo fisco - Lei 6.374/89. art 75 IX - a empresa de administração de bens) disciplina a entrega de arquivo eletrônico pela empresa administradora de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações realizadas por contribuinte. Já o art.509, 'caput' e seu par. 1o, do Regulamento, têm o seguinte teor: 'Artigo 509 - O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos, do lucro do estabelecimento e de outros elementos informativos (Lei 6 374/89. art 74). § 1o - No levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário. bem como aplicado coeficiente médio de lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, consideradas a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento'. Evidente, portanto, que a utilização de dados constantes dos arquivos das operadoras de cartão de crédito não se deu no curso do procedimento administrativo, tendo sido o ponto de partida do próprio levantamento fiscal, no qual foi constatada a infração. O par.1o do art. 509 do Regulamento realmente autoriza a utilização de qualquer meio indiciário no levantamento fiscal, o que deu ensejo à apuração mediante as declarações das operadoras de cartão de crédito, colhidas antes de iniciado o procedimento administrativo. 2. Forte assim a verossimilhança da alegação de violação da Lei Complementar Federal 105/2001 que, no seu art. 6o, somente autoriza o exame de registros de instituições financeiras, sem autorização judicial, 'quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis'. Útil lembrar, ainda, que, no seu art. 1o, par. 1o, inciso VI, a

mesma Lei Complementar 105/2001 considera as operadoras de cartão de crédito instituições financeiras. Nessa análise provisória, portanto, realizada apenas para efeito de antecipação de tutela, evidencia-se que o Decreto 45.490/00 e a Portaria CAT 87/2006, não respeitaram os limites da Lei Complementar 105/2001, norma hierarquicamente superior, no que se refere à quebra de sigilo de informações contidas nos registros de instituições financeiras. Assim já decidiu esse Tribunal de Justiça por sua Quinta Câmara, por maioria, 'in verbis' 'DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXCLUSÃO DO SIMPLES PAULISTA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - INÍCIO E FUNDAMENTO EM INFORMAÇÕES REPASSADAS POR ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO LEI ESTADUAL - ILEGALIDADE - AÇÃO ORDINÁRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REENQUADRAMENTO E SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO TRIBUTÁRIO - ADMISSIBILIDADE - O processo administrativo que desenquadró o contribuinte do Simples paulista, com efeitos retroativos desde 1o de abril de 2006, baseou-se unicamente em relações de valores sobre pagamentos com cartões de crédito e débito realizados pela microempresa passados à Secretaria da Fazenda do Estado com base no art. 1o. III. da Lei Paulista 12 186. de 5 de janeiro de 2006. que introduziu dentre os requisitos de adesão ao programa a declaração de que 'autoriza a empresa administradora de cartão de crédito ou de débito a fornecer, à Secretaria da Fazenda, relação dos valores referentes às suas operações e prestações de serviços' (art. 3o. II. "e". da Lei Estadual 10 086. de 19 de novembro de 1998). Por sua vez. a Lei Complementar 105. de 10 de janeiro de 2001. que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, determina: 'Art. 6o - As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão exigir 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' (grifo nosso) A Lei Estadual 12 186/2006 simplesmente inverteu a lógica do levantamento do sigilo das operações financeiras o contribuinte renuncia obrigatoriamente, desde logo, ao segredo de suas operações de cartão de crédito e débito, e, então, a Fazenda busca indícios de irregularidades - Ilegalidade dessa Lei em confronto com o art. 6o, 'caput', da Lei Complementar 105/2001 - Presença da verossimilhança das alegações - Presença do perigo na demora consistente no dano de difícil reparação que o contribuinte suportará caso não deferida a antecipação da tutela, haja vista que estará sujeito ao pagamento do ICMS, multa e juros desde 1o de abril de 2006 - Reenquadramento no Simples Paulista e suspensão da exigibilidade dos débitos tributários relativos a ele, limitado ao período em questão - Dá-se provimento ao recurso, confirmando-se a liminar anteriormente concedida' (Agravo de Instrumento 814.522.5/0-00, relatado pelo Desembargador

XAVIER DE AQUINO, julgado em 13.11.08)" (TJSP, AI 911.181-5/0-00, 10ª Câm. de Dir. Público, Rel. Des. Tereza Ramos Marques, v.u., j. 25.5.09; destaque em negrito nosso); e "DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA -EXCLUSÃO DO 'SIMPLES PAULISTA' - PROCESSO ADMINISTRATIVO - INÍCIO E FUNDAMENTO EM INFORMAÇÕES REPASSADAS POR ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - LEI ESTADUAL - ILEGALIDADE. O processo administrativo que desenquadrou o contribuinte do Simples Paulista, com efeitos retroativos desde 1º de abril de 2006, baseou-se unicamente em relações de valores sobre pagamentos com cartões de crédito e débito realizados pela microempresa passados à Secretaria da Fazenda do Estado com base no art. 1º, III, da Lei Paulista 12.186, de 5 de janeiro de 2006, que introduziu dentre os requisitos de adesão ao programa a declaração de que 'autoriza a empresa administradora de cartão de crédito ou de débito a fornecer, à Secretaria da Fazenda, relação dos valores referentes às suas operações e prestações de serviços' (art. 3º, II, "e", da Lei Estadual 10.086, de 19 de novembro de 1998). Por sua vez, a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, determina: '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' (grifo nosso). A Lei Estadual 12.186/2006 simplesmente inverteu a lógica do levantamento do sigilo das operações financeiras: o contribuinte renuncia obrigatoriamente, desde logo, ao segredo de suas operações de cartão de crédito e débito, e, então, a Fazenda busca indícios de irregularidades Ilegalidade dessa Lei em confronto com o art. 6º, caput, da Lei Complementar 105/2001 Ademais, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que o Fisco não pode quebrar o sigilo fiscal sem prévia autorização judicial. Decisão mantida. Nega-se provimento ao recurso ... A Portaria CAT-87, de 18 de outubro de 2006, regulamentou esse dever das administradoras repassar tais informações à Fazenda (arts. 1º e 3º). Ou seja, a Lei Estadual 12.186/2006 simplesmente inverteu a lógica do levantamento do sigilo das operações financeiras: o contribuinte renuncia obrigatoriamente, desde logo, ao segredo de suas operações de cartão de crédito e débito, e, então, a Fazenda busca indícios de irregularidades. Em outras palavras, a exceção foi transformada em regra, com evidente inversão do ônus da prova: o contribuinte é tratado constantemente como investigado, ou culpado, e não como inocente. Ora, se a Lei Complementar 105/2001 determina a prévia existência de processo administrativo e a imprescindibilidade de tais informações, ilegal a busca indiscriminada por indícios de infrações tributárias com violação ostensiva do sigilo bancário. O

processo, inclusive o administrativo, deve investigar fatos, e não os procurar, como se estivesse pescando" (TJSP, Ap. 0130457-83.2008.8.26.0053, 5ª Câm. de Dir. Público, Rel. Des. Xavier de Aquino, v.u., j. 14.2.11). E, de fato, conforme em precedente outro se expôs, mutatis mutandis: "TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO POSSIBILIDADE, DESDE QUE COMPROVADA A PRÉVIA ABERTURA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E SEJA A MEDIDA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL ... Não se nega que a Administração, após a LC 105/01, pode ter acesso às informações bancárias do contribuinte, na forma instituída pela Lei n. 10.174/01, sem a intervenção judicial, mas isto se dá apenas quando existente procedimento administrativo" (STJ, AgRg no REsp 1.063.610/SP, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 18.8.09, DJe 31.8.09). Forçoso é, pois, acolher a ação no sentido de anular o AIIM lavrado em desfavor da autora, já que lhe assiste razão ao alegar que se lhe violou a garantia do devido processo (ou procedimento) legal (fls. 16/18 e 31/34), ex vi do art. 5º, da Lei Magna Federal, pois se tomou dita decisão com base apenas em informações obtidas diretamente pela ré com base no art. 5º, mas, deixando-se de observar o art. 6º, ambos da Lei Complementar Federal n. 105/01, a qual se sobrepõe, por conta do art. 192 da Lei Magna Federal, à Portaria CAT 87/06. Note-se, porém, que razão não assiste à autora em aduzir que, somente por ordem judicial, poderia a ré acessar os dados fornecidos pelas empresas administradoras dos cartões na forma disciplinada na Portaria CAT-87, de 18 de outubro de 2006 a respeito de operações efetuadas nos anos de 2007 e 2008 e cujo pagamento se deu através de cartões de crédito e de débito pertinentes à autora, exatamente em função do disposto no art. 5º da Lei Complementar Federal n. 105/01, c.c. arts. 145, § 1º, e 192, ambos da Lei Magna Federal. E, de fato, mutatis mutandis, "em 10 de janeiro de 2001, sobreveio a Lei Complementar 105, que revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, que condicionava a quebra do sigilo bancário à obtenção de autorização judicial" (STJ, REsp. 943.304/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 6.5.08, DJe 18.6.08). Assim é que "... 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)" (STJ, EREsp. 608.053/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, v.u., j. 9.8.06, DJ 4.9.06). Tampouco assiste razão à autora quanto a alegar que as decisões administrativas foram deficientemente fundamentadas, pois tal alegação está vinculada à assertiva feita na defesa administrativa de que não havia elementos suficientes a respeito das discrepâncias apuradas a permitirem constatação de supostas irregularidades na apuração e recolhimento do ICMS para poder a autora exercer sua defesa, entretanto, tal assertiva traduz mesmo invocação da sua própria torpeza, já que desatendeu ela exatamente a

notificação quanto a exibir ao Fisco Estadual elementos necessários à correta apuração dos fatos, daí porque correta e fundamentadamente se consignou na decisão administrativa que a própria autora teve oportunidade de esclarecer a diferença apurada de valores de receita bruta, porém não o fez (fls. 139 e fls. 187). Na realidade, a autora simplesmente sonegou quaisquer dados pelos quais se poderia apurar ter realizado operações tributáveis pelo ICMS em valores passíveis de tributação na forma exigida pelo AIIM lavrado, sendo a razão para tanto óbvia (como óbvia é também a razão pela qual não se interessou a autora por produzir neste processo prova pericial contábil). No mais, sendo por si mesmo suficiente ao acolhimento da ação a causa de pedir até aqui examinada e afastadas as demais alegações referentes à nulidade do processo administrativo, desnecessário é que se apreciem as demais constantes na ação proposta, já que restam mesmo prejudicadas, mormente no que tange a haver ou não efetivamente crédito de ICMS a pagar por força de enquadramento da autora em regime normal de apuração periódica ou em regime especial (o que, mesmo assim é de registrar-se, nem mesmo foi efetivamente demonstrado pela autora). Aliás, cabe ponderar, quanto a este ponto, que "a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva de teses jurídicas ... de efeito, vezes a basto, tem sido assinalado que 'o Juiz não precisa reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes. Claro que se o Juiz acolhe um argumento bastante para a conclusão, não precisará dizer se os outros, que objetivam o mesmo fim são procedentes ou não'. (O Juiz e a Função Jurisdicional - 1958, p. 350 - Mário Guimarães -). Deveras, a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva de teses jurídicas. Assim, se por um dos motivos invocados for acolhida a pretensão das partes, pode ser dispensado o exame dos demais. Pois, privativamente, incumbe ao Juiz (ou colegiado) estabelecer as normas jurídicas que incidem sobre o caso, atividade essa excluída da vontade dos litigantes que, por isso, não podem impor limite máximo ou mínimo para a pesquisa jurídico-normativa do julgador" (STJ, AgRg no REsp 279.379/SP, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 18.4.02, DJ 24.6.02, pág. 198). Registro, por fim, que anular o AIIM não obsta a ré de repetir os procedimentos e processos fiscais necessários à apuração, já agora de forma lúdica (inclusive mediante emprego da faculdade contida no art. 6º da Lei Complementar Federal n. 105/01 e segundo seus lindes), de irregularidades perpetradas supostamente pela autora para, somente após, deliberar sobre saldo de ICMS a pagar com seus consectários legais (multa, correção e juros de mora), até porque, mutatis mutandis, "... 'inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal' (REsp 685.708/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20.06.2005). Tese inversa levaria a criar situações em que a administração tributária, mesmo tendo ciência de possível sonegação fiscal,

ficaria impedida de apurá-la. Deveras, ressoa inadmissível que o ordenamento jurídico crie proteção de tal nível a quem, possivelmente, cometeu infração. Isto porque o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos" (STJ, REsp. 943.304/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 6.5.08, DJe 18.6.08, já citado). IV Posto isto, julgo procedente a ação proposta por Ana Carolina Almeida Silva ME em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo para o fim de anular o AIIM (auto de infração e imposição de multa) de n. 3.129.230-6. Por sua sucumbência, pagará a ré as custas, despesas e honorários advocatícios de R\$ 5.500,00. Transcorrido o prazo para recurso ou processado o que eventualmente foi interposto, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Seção de Direito Público, para reexame necessário. P.R.I. e C.. São Paulo, 27 de fevereiro de 2012. Randolpho Ferraz de Campos Juiz^(a) de Direito Valor das custas de preparo de apelação: R\$ 11.977,96 [guia gare - cód.230-6] - Valor do porte de remessa e retorno dos autos: R\$ 50,00 - 02 volume(s) [guia fundo de despesas do TJ - cód. 110-4]. Advogados(s): Claudia Bocardi Allegretti (OAB 108917/SP), Périsson Lopes de Andrade (OAB 192291/SP)