


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0021870-38.2012.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias**
 Requerente: **Celia Regina Ciomini Wada Me**
 Requerido: **Fazenda do Estado de São Paulo**

 Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**
VISTOS.

Trata-se de Ação Ordinária com pedido de tutela antecipada proposta por **Celia Regina Ciomini Wada ME** contra a **Fazenda do Estado de São Paulo**, alegando em síntese, que é pequena empresa dedicada ao comércio e, nessa condição, foi surpreendida, em 23.02.2010, com a notificação referente ao auto de infração nº 3.127.465-1, no qual se discute a ausência de recolhimento de ICMS. Sustenta que autuação fiscal tomou por base informações unilaterais fornecidas pelas administradoras de cartões, dentro da operação de fiscalização denominada 'Operação Cartão Vermelho' e que tais informações foram obtidas sem prévia autorização judicial. Alega que houve violação às garantias constitucionais da intimidade e do sigilo bancário e afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da moralidade administrativa. Aduz que está inscrita no 'Simples Paulista' e no 'Simples Nacional' e que não há provas no processo administrativo sobre a origem das informações ilegalmente obtidas, sendo ilegal a 'Operação Cartão Vermelho'. Destacou, ainda, a deficiência no trabalho fiscal, tendo em vista o lançamento com base em meros indícios e o caráter confiscatório da multa aplicada. Requer a anulação/cancelamento do débito constituído no auto de infração.

A liminar ficou condicionada ao prévio depósito do valor do débito, nos termos do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

que estabelece o artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional (fls. 162/163).

Agravo de instrumento interposto às fls. 168/188.

A Fazenda Estadual contestou a ação às fls. 226/246. Alegou que o auto de infração diz respeito à sonegação fiscal e não visa à exclusão da autora do 'Simples'. Frisou, ainda, que o fato de ser comerciante de produtos evidentemente a caracteriza como contribuinte do ICMS. Discorreu sobre a legalidade do auto de infração e das informações nele obtidas e destacou que a autora nele não se manifestou, quando de sua notificação. Discorreu, também, sobre o poder de polícia da administração pública que lhe permite solicitar e receber informações sobre operações tributárias e defendeu a legalidade da multa por infração tributária, já que tem previsão legal.

É o relatório.

Fundamento e decido.

O pedido merece parcial acolhimento.

Firmou-se entendimento, conforme v. acórdão de relatoria do i. Ministro Luiz Fux, no Recurso Especial nº 1.135.665/SP, representativo de controvérsia, no sentido de que a quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei nº 8.021/90 e pela Lei Complementar nº 105/2001:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC; TRIBUTÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial para fins



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

de constituição de crédito tributário não extinto é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, à luz do disposto no artigo 144, § 1º do CTN. 2. O § 1º do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001) autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados. 3. **A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.** 4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente. 5. **A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c/ o artigo 5, caput, da aludida lei complementar, e 1º do Decreto 4.489/2002).** 6. **As informações prestas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados**


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001). 7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: “Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.” 8. **O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada** (artigo 144, caput, CTN). 9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponible, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros. 10. Consequentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006). 11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-seia impedida de apurá-la. 12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º). 13. **Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.** 14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto. 15. *In casu*, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional. 16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001." 17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes. 18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008). 19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso. 20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1134665/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009) (grifei).

Assim, passou a ser admitida, após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, a utilização de informações existentes nos bancos de dados das instituições financeiras pelo


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

fisco, sem prévia autorização judicial. Nesse sentido:

AÇÃO ANULATÓRIA. Auto de infração Imposição de multa a empresa que não efetuou regularmente o recolhimento do ICMS do período de 2006 e 2008, com apuração das diferenças reconhecidas a partir da "Operação Cartão Vermelho". Legalidade e constitucionalidade confirmada, sem qualquer ofensa ao sigilo bancário. Aplicação dos artigos 197, II, e 198, par. 2º, do CTN A atribuição de competência constitucional ao Estado para cobrança do ICMS dá, com base na "Teoria dos Poderes Implícitos", amplos poderes fiscalizatórios ao ente público - Higidez do auto de infração mantida Improcedência da ação Recurso da autora não provido. (Apelação cível nº 0039992-23.2011.8.26.0053 São Paulo 9ª Câmara de Direito Público Relator: Rebouças de Carvalho j. 05.12.12).

No caso em tela, o fisco estadual, amparado pelo permissivo legal e jurisprudencial, apurou inconsistências no recolhimento de ICMS entre os exercícios de 2008 e 2009, através de informações fornecidas pelas operados de cartão de crédito, com fundamento na lei que instituiu a denominada 'Operação Cartão Vermelho'.

Em razão disso, a requerente foi notificada, em 23 de fevereiro de 2010 e, conforme documento de fls. 142, deixou de se manifestar na esfera administrativa, dando ensejo à lavratura do auto de infração, no qual, trinta dias após a comunicação do fato, não apresentou pedido de parcelamento ou efetuou o pagamento do débito (fls. 153).

Frise-se que a Fazenda Estadual juntou aos autos todos os elementos que serviram de base para lavratura do auto de infração, não apresentando a requerente qualquer documentos fiscal capaz de desconstituí-los, prevalecendo, então a presunção de legitimidade do ato administrativo.

Quanto à multa, embora tenha previsão legal e vise a dissuadir e punir, no percentual adotado, 80% do valor do tributo, se mostra desproporcional e com efeitos confiscatórios, mormente em se considerando que se trata de empresa de pequeno porte, podendo, então, ser mitigada, pois não se coaduna com a razoabilidade à qual se deveria



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

ater o órgão autuante, sendo pertinente, nas circunstâncias, a sua redução ao patamar de 20% sobre o valor do imposto devido.

Este percentual já foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal ao argumento de não ter o indesejável efeito confiscatório (RE 582.461):

1.Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.¹

Na mesma linha há decisão do E. Tribunal de Justiça:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. Multa de 20% que atende ao princípio da razoabilidade e está em conformidade com a orientação do STF. Aplicação da taxa SELIC como índice de atualização monetária e juros de mora. Admissibilidade. Súmula 27 do TJSP e Enunciado nº 2 desta Seção de Direito Público. Embargos rejeitados em 1º grau. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação nº 0000499-12.2012.8.26.0180, datada de 12 de fevereiro de 2014, relatora: ISABEL COGAN).

A doutrina também se posiciona favoravelmente à mitigação.

Com efeito, Luciano de Amaro argumenta que *“no campo das sanções administrativas pecuniárias (multas), é preciso não confundir (como faz, frequentemente, o próprio legislador) a proteção ao interesse da arrecadação (bem jurídico tutelado) com o objetivo de arrecadação através da multa. Noutras palavras, a sanção deve ser estabelecida para estimular o cumprimento da obrigação tributária; se o devedor tentar fugir ao seu dever, o gravame adicional representado pela multa que lhe é imposta se justifica, desde que graduado segundo a gravidade da infração. Se se tratar de obrigação*

¹ Supremo Tribunal Federal. RE nº. 582461. Min. Relator Gilmar Mendes. J. : 18.05.2001.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

acessória, a multa igualmente se justifica (pelo perigo que o descumprimento da obrigação acessória provoca para a arrecadação de tributos), mas a multa não pode ser transformada em instrumento de arrecadação; pelo contrário, deve-se graduar a multa em função da gravidade da infração, vale dizer, da gravidade do dano ou da ameaça que a infração representa para a arrecadação de tributos”².

Ante o exposto, julgo extinto o processo, com resolução do mérito e **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido, somente para o fim de reduzir o valor da multa ao patamar de 20% sobre o valor do imposto devido.

Tendo havido sucumbência em menor grau da requerida, condeno as partes a ratear as custas, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), tudo na proporção de 80% para a autora e 20% para a requerida.

P. R. I. C.

São Carlos, 31 de janeiro de 2014.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA

² *Direito Tributário Brasileiro*. p. 412.