



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

<b>CAMARA</b>
<b>SUPERIOR</b>

<b>PROCESSO Nº</b>
<b>DRT/15- 748586/2011</b>

<b>RECURSO</b>
<b>ESPECIAL</b>

<b>RECORRENTE</b>	<b>FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO</b>				
<b>RECORRIDO</b>	<b>MARIA CANDIDA CORREA BORGES ME</b>				
<b>RELATOR(A)</b>	<b>EGLE PRANDINI MACIOTTA</b>	<b>AIIM</b>	<b>3142144-1</b>	<b>S. ORAL</b>	<b>NÃO</b>
<b>EMENTA</b>					
<b>ICMS</b>					
<b>Infrações relativas ao pagamento do imposto ( itens I.1 e II.2)</b>					
<b>Operação Cartão Vermelho</b>					
O direito de acesso do fisco ao montante da movimentação com cartões de crédito e débito tem respaldo constitucional, e, no âmbito do Estado de São Paulo, em legislação específica editada para esse fim.					
<b><u>Recurso conhecido e provido</u></b>					
<b>CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO</b>			<b>CAPITULAÇÃO DA MULTA</b>		
<b>Arts 58, 87, 215, 223, 253, do RICMS/00</b>			<b>Arts 85, I, "a", da lei 6374/89 e 527, I, "a", do RICMS/00</b>		

- Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Publica do Estado, em face da decisão de fls. , que em grau de recurso ordinário cancelou a exigência exordial, atinente a falta de pagamento do imposto apurada por meio de levantamento fiscal( itens I.1 e II.2).
- Segundo o relato da infração, os valores lançados na Ficha de Conclusão Fiscal foram obtidos pela diferença de valores de receita informados pelas Administradoras de Cartões de crédito e/ou débito, de acordo com o artigo 75, X, da Lei 6.374/89( acrescentado pelo artigo 2º da Lei nº 12.294/2006) e o declarado pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda .
- Para suportar seu apelo indica como supostamente divergentes as decisões acostadas às fls.
- Sustenta que o entendimento adotado pela decisão recorrida não se ajusta ao firmado em outros julgados deste Tribunal. Isto quando afirma que houve quebra de sigilo de dados, com violação aos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/01 e quando alega constituir vicio formal insanável a obtenção de informações



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

**CAMARA**  
**SUPERIOR**

**PROCESSO Nº**  
**DRT/15- 748586/2011**

**RECURSO**  
**ESPECIAL**

junto às administradoras de cartões de crédito e de débito antes de iniciado qualquer procedimento administrativo contra a contribuinte.

5. Acrescenta que não há motivo para o afastamento da acusação pois há base legal para o procedimento do fisco de receber e processar os dados fornecidos pelas empresas administradoras de cartão de débito e crédito. Também não haveria quebra de sigilo fiscal pois não há identificação pessoal do portador do cartão de crédito ou de débito ou daquilo que consumiu. Também não se aplicaria ao caso vertente o contido no Decreto paulista 54.240/2009 e Portaria CAT-12/2010, pois estes tratam de requisição formal de informações a instituições financeiras em situações específicas que envolvam sigilo fiscal e não de obtenção de valores de forma global das empresas administradoras de cartão. Por fim, invoca o contido nos Convênios ECF /98 e ECF/01 e a jurisprudência dos Tribunais Superiores que ratificam as ações fiscais levadas a efeito pelo fisco pela chamada " Operação Cartão Vermelho".

6. Em contra-razões, o contribuinte pugna pela manutenção da decisão recorrida, alegando que as informações foram obtidas pelo fisco de forma ilegítima, sem autorização judicial prévia e sem instauração de processo administrativo, com prejuízo à ampla defesa

7. É a síntese do necessário.

**V O T O**

8. Presente a divergência de interpretação da legislação entre as decisões postas a confronto, conheço do recurso. Neste particular, acolho a tese da d. Representação Fiscal, que no meu modo de ver deu correta solução à controvérsia.

9. De início, penso que o acesso do fisco ao montante da movimentação com cartões de crédito e débito tem respaldo constitucional, e, no âmbito do Estado de São Paulo, em legislação específica editada para esse fim.

10. Há mandamento constitucional, que autoriza a autoridade fiscal a identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte para conferir sua capacidade econômica- tributável real com aquela prevista de forma hipotética na norma tributária. Tal permissivo vem expresso no artigo 145, § 1º.

*§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para*



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

**CAMARA**  
**SUPERIOR**

**PROCESSO Nº**  
**DRT/15- 748586/2011**

**RECURSO**  
**ESPECIAL**

*conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.*

11. A inviolabilidade de sigilo de dados, assegurado na Carta Magna ( art.5º, XII) não se aplica como direito absoluto, à autoridade fiscal, que tem o dever legal (art. 195 do CTN) de investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência do fato jurídico tributário. Exige-se lhe, sim, a observância dos direitos individuais que, em alguns casos, deve ceder diante do interesse público, da justiça e do interesse social, na forma e com observância dos procedimentos fixados em lei. Outra não é a exegese do artigo 198,§ 1º, II, do CTN.

*Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*

*§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*

...

*II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Inciso incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*

12. Assim, o procedimento administrativo instaurado para se verificar a existência de crédito tributário embora pareça colidir com o direito de resguardo de dados, coaduna-se com o preceito constitucional e não importa ofensa à intimidade, na medida em que as informações não identificam as operações ou prestações que as compõem, tampouco terceiros estranhos à relação estabelecida entre o fisco e autuado.

13. O inciso X do artigo 75 da Lei 6374/89, acrescentado pela Lei 12.294/2006 disciplina a matéria no Estado de São Paulo, ao estabelecer:

**Artigo 75 - Não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exibir os impressos, os documentos, os livros, os programas e os arquivos magnéticos**



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

<b>CAMARA</b>
<b>SUPERIOR</b>

<b>PROCESSO Nº</b>
<b>DRT/15- 748586/2011</b>

<b>RECURSO</b>
<b>ESPECIAL</b>

relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo fisco:

...

X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto; (Inciso acrescentado pela Lei 12.294/06 de 06-03-2006; DOE 07-03-2006; Efeitos a partir de 07-03-2006)

...

14. E com base na autorização conferida, foi editada a Portaria CAT-87/2006, disciplinando a forma pela qual as Administradoras de Cartão deveriam entregar ao fisco as informações. Estabelece o artigo 1º desta portaria:

**Artigo 1º** - A empresa administradora de cartões de crédito ou débito entregará à Secretaria da Fazenda, até o dia 20 de cada mês, as informações relativas a operações de crédito ou de débito realizadas, no mês anterior, pelos estabelecimentos de contribuintes do ICMS localizados neste Estado. (Redação dada ao artigo pela Portaria CAT-154/11, de 09-11-2011, DOE 10-11-2011)

15. Muito se discute sobre a necessidade de prévio procedimento administrativo instaurado, nos moldes do que estabelece o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, assim redigido:

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.

16. Este dispositivo foi regulamentado no Estado de São Paulo pelo Decreto 54.240/2009, cujo artigo 2º tem a seguinte redação:

**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.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT/15- 748586/2011

RECURSO
ESPECIAL

§ 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. (grifei)

17. Deve ser ressaltado que a obtenção destes dados ocorreu com base em procedimento de fiscalização em curso, como preceituado no referido decreto paulista. A Administração Tributária, no exercício de suas prerrogativas, já havia estabelecido previamente, através do Ofício Circular DEAT, Série "O&M" nº 10/2009. "Rotina de Trabalho para Apuração de Diferenças de Levantamento com base nas Operações de Cartões de Crédito e de Débito". O lançamento tem suporte legal no artigo 509 do RICMS/00 e está calcado numa presunção *juris tantum*, podendo ser ilidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo.

18. Em recente decisão (Agravos nº 0026072-10.2012.8.26.000- Rel. Urbano Ruiz, j. 12 de março de 2012), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou posição na direção de que **"o fato de ter sido autuada assim que recebidas as informações financeiras ou, na mesma data, não infirma o fato de existir procedimento fiscal em curso"**.

19. Cabe assinalar, ainda, que o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001 nada mais quis do que garantir o contraditório e a ampla defesa, que neste processo foram plenamente respeitados.

20. Oportuna a menção da d. Representação Fiscal ao que estabelece a cláusula primeira do Convênio EFC-01/01, no sentido de que o usuário de ECF, em substituição à exigência prevista na cláusula quarta do Convênio EFC 01/98 (emissão de comprovante de pagamento da operação vinculado ao documento fiscal) poderá optar por autorizar a administradora de cartão de crédito ou de débito a fornecer às Secretarias de Fazenda e à Secretaria da Receita Federal as informações do faturamento do estabelecimento usuário do equipamento. Ora, se para atender aos seus interesses, o próprio contribuinte autorizou o repasse dessas informações à Secretaria da Fazenda do Estado, não há que se falar em violação de sigilo bancário.



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

<b>CAMARA</b>
<b>SUPERIOR</b>

<b>PROCESSO Nº</b>
<b>DRT/15- 748586/2011</b>

<b>RECURSO</b>
<b>ESPECIAL</b>

21. Por todo o exposto, conheço do recurso da Fazenda do Estado e lhe dou provimento .

Plenário Antonio Pinto da Silva, em 04/09/2012

  
EGLE PRANDINI MACIOTTA  
Relatora

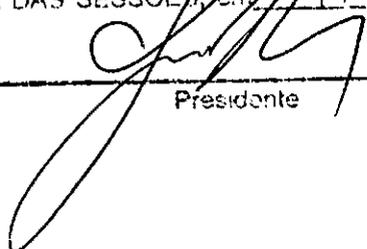
A pedido dou vista ao processo a(o) SR.(a)

Antonio Augusto S. P. Carvalho

pele prazo de 15 dias (em caso de vista)

ficando adiado o julgamento.

SALA DAS SESSÕES, em 04 de 09 de 2012



Presidente



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

<b>CÂMARA</b>
<b>SUPERIOR</b>

<b>PROCESSO</b>
<b>DRT-15-748586/2011</b>

<b>RECURSO</b>
<b>ESPECIAL</b>

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO	
RECORRIDA	MARIA CANDIDA CORREA BORGES - ME	
RELATORA	Dra. EGLE PRANDINI MACIOTTA	AIIM 3.142.144-1

**EMENTA**

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

I — Observado o que estabelecem a Lei Complementar nº105/01, de cunho nacional, e o Decreto Estadual nº 54.240/09, a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas não podem ser levados a efeito antes de se instaurar o processo administrativo tributário, ou de se dar marcha a regular procedimento de fiscalização, o que não foi respeitado no caso concreto. Diagnostica-se, sem dificuldade, que inválida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual nº 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os casos de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais".

II — Recurso desprovido.

VOTO VISTA — ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

1) Adotado sem ressalvas o relatório elaborado pela i. Juíza EGLE PRANDINI MACIOTTA, peço sua licença para lançar voto divergente.

2) Cotejadas as (i) informações que, antes de regularmente iniciado qualquer que seja procedimento fiscalizatório, obteve de "empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito", ao (ii) quanto a Contribuinte registrara como movimento tributável de determinados períodos de tempo, concluiu a Fiscalização pela ocorrência de infrações relativas ao pagamento do ICMS.

3) Sucede que as referidas informações foram obtidas e examinadas pela Fiscalização sem que se atentasse ao quanto estabelecido na Lei Complementar nº105/01, de cunho nacional, e no Decreto Estadual nº 54.240/09: a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas não podem ser levados a efeito antes de se instaurar o processo administrativo tributário, ou de se dar marcha a regular procedimento de fiscalização.



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

**CÂMARA**  
**SUPERIOR**

**PROCESSO**  
**DRT-15-748586/2011**

**RECURSO**  
**ESPECIAL**

Salta aos olhos, muito especialmente, o menoscabo ao que vai nos artigos 4º, 5º e 6º, todos do Decreto Estadual nº 54.240/09.

Diagnostica-se, sem dificuldade, que inválida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual nº 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os casos de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais".

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

Plenário Antônio Pinto da Silva,

*18 de setembro*

de 2012

ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

*Mantenho meu voto de fs.*

*EGLE*  
 EGLE PRANDINI MACIOTTA



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA  
SUPERIOR

PROCESSO Nº

DRT. 15.748586/2011

RECURSO  
ESPECIAL

### VOTO EM SEPARADO

*Acompanho Dra. Eggle 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 DO PROVIMENTO, ~~RECORRIDO~~ A DECISÃO RECORRIDA E COSTA BELGENDO A ACUSAÇÃO REFORMANDO**

  
JOSÉ ROBERTO ROSA

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRT- 15 - 248586 / 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
DRT - 15 - 748586/2011

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 à 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, acompanha a Dra Egle.

  
 CELSO BARBOSA JULIAN

Com o Dr. Egle

AUGUSTO TOSCANO

Com o Sr. Antonio Augusto



Luiz Fernando Mussalini Jr.

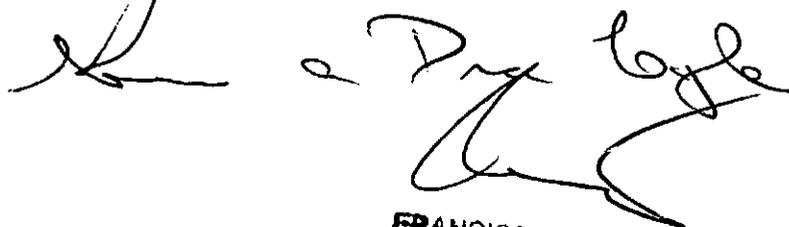
Com o Sr. Egle



Gianpaolo Camilo  
Dringoli

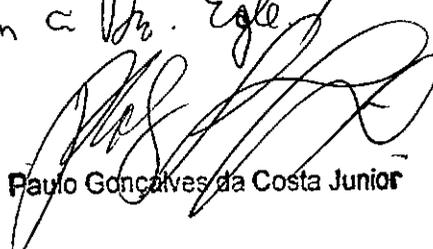
Com o Sr. Augusto  
Augusto Augusto

Celso Alves Feitosa



FRANCISCO ANTONIO FEIJO

Com o Dr. Egle



Paulo Gonçalves da Costa Junior



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

FOLHA Nº

**CAMARA SUPERIOR**

PROCESSO Nº

DRT-15-748586/2011

11  
com o Sr. Antonio Augusto

*Vicente do Carmo Sapienza*  
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

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.

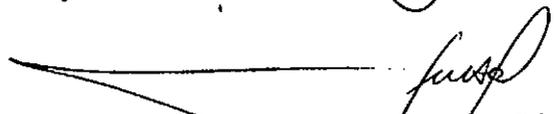
“O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista o disposto nos artigos 8º e 9º do Decreto 54.240, de 14 de abril de 2009 e considerando o teor do artigo 198 do Código Tributário Nacional e do inciso XVIII do artigo 4º da Lei Complementar Estadual n.º 939, de 3 de abril de 2003, bem como a consequente

DRT-15.748586/2011

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.

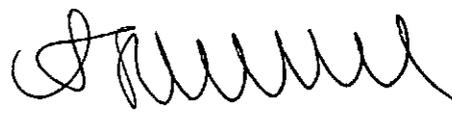
No mais, com Dr. Juliano

  
FERNANDO MORAES SALLABERRY

Com Dr. Anderson Augusto

  
Janessa P. Rodrigues Domene

Com o Sr. Antonio Augusto

  
EDUARDO PEREZ SALUSSE

Com o Sr. J. Rosa

  
Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Sr. José Rosar

  
JOSE PAULO NEVES  
Presidente