



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

# TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

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

<b>PROCESSO Nº</b>
<b>DRTC-I-686129/10</b>

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

<b>RECORRENTE</b>	<b>J F TAVARES CONFECÇÕES - ME</b>				
<b>RECORRIDO</b>	<b>FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>				
<b>RELATOR</b>	<b>EDUARDO PEREZ SALUSSE</b>	<b>AIIM</b>	<b>3.139.273-8</b>	<b>S. ORAL</b>	<b>N</b>
<b>EMENTA</b>					
ICMS - FALTA DE PAGAMENTO - LEVANTAMENTO FISCAL - OPERAÇÃO CARTÃO VERMELHO					
<b>CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO</b>			<b>CAPITULAÇÃO DA MULTA</b>		

## RELATÓRIO

Insurge-se o contribuinte contra acórdão que manteve lançamento de imposto, multa e juros, apurado por meio de cruzamento feito pelas autoridades fiscais entre o valor declarado pelo contribuinte e aqueles obtidos junto a administradoras de cartão de crédito.

Segundo a decisão recorrida (fls. 188/205), a autuação deve ser mantida, vez que as informações foram obtidas com amparo no artigo 75, inciso X, da Lei nº 6.374/89, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.294/06.

Pede o contribuinte a reforma da decisão, vez que a ação fiscal teria se baseado em provas emprestadas por empresas administradores de cartões de crédito e débito, bem como teria havido a desconsideração das legítimas operações mercantis para apuração do ICMS.

Não há pedido de sustentação oral no recurso.

É o breve relatório.



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

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

<b>PROCESSO Nº</b>
<b>DRTC-I-686129/10</b>

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

<b>RECORRENTE</b>	<b>JF TAVARES CONFECÇÕES – ME</b>				
<b>RECORRIDO</b>	<b>FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>				
<b>RELATOR</b>	<b>EDUARDO PEREZ SALUSSE</b>	<b>AIIM</b>	<b>3.139.273-8</b>	<b>S. ORAL</b>	<b>N</b>
<b>EMENTA</b>					
ICMS – FALTA DE PAGAMENTO - LEVANTAMENTO FISCAL – JANEIRO A DEZEMBRO DE 2009 - OPERAÇÃO CARTÃO VERMELHO					
A Lei Complementar 105/01 e o Decreto 54.240/09 determinam que as informações de instituições financeiras somente podem ser examinadas quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso, dentre vários outros requisitos.					
A inobservância dos requisitos de <i>competência, finalidade e forma</i> pelo agente público torna inválido o ato administrativo vinculado de lançamento.					
Recurso conhecido e provido.					
<b>CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO</b>			<b>CAPITULAÇÃO DA MULTA</b>		

**VOTO**

A questão debatida nestes autos diz respeito à chamada “Operação Cartão Vermelho”, na qual as autoridades fiscais autuaram empresas por falta de pagamento de ICMS, apurada pelo confronto de sua escrituração fiscal com informações de movimentação financeira fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Observa-se que o artigo 75, inciso X, da Lei nº 6.374/89, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.294/06, dispõe o seguinte:

**“Art. 75. Não podem embarçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exibir os impressos, os documentos, os livros, os programas e os arquivos magnéticos relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo fisco:**

(...)



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

CAMARA  
 SUPERIOR

PROCESSO Nº  
 DRTC-I-686129/10

RECURSO  
 ESPECIAL

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

No entanto, o ponto primeiro que reclama atenção dos Julgadores deste Tribunal diz respeito ao procedimento adotado pela fiscalização, praticamente fazendo "letra morta" dos dispositivos contidos em nosso ordenamento jurídico que disciplinam a matéria.

Vejo que as medidas das autoridades fiscais iniciaram-se com a obtenção das informações financeiras do contribuinte junto às empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Após obtidas – e somente após – há o início de procedimento de fiscalização fiscal ou notificação ao contribuinte.

Salta aos olhos o fato de que, à época dos procedimentos fiscais (Relatório Circunstanciado às fls. 11/13), já estavam em vigor tanto a Lei Complementar 105/01, quanto o Decreto Estadual Paulista nº 54.240/09, disciplinando a quebra de sigilo para a obtenção de informações sobre operações financeiras.

O artigo 6º da Lei Complementar 105/01 encontra-se redigido da seguinte forma:

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." (grifei)

Segundo este dispositivo, o exame dos documentos, livros e registros de instituições financeiras podem ocorrer pelas autoridades fiscais somente quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente



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

**CAMARA  
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº  
 DRTC-I-686129/10**

**RECURSO  
 ESPECIAL**

Parece claro que, neste momento normativo, a obrigação das administradoras é a de **exibir** os documentos fiscais relacionados aos, conforme artigo 75, inciso X, da Lei nº 6.374/89, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.294/06. Mas, neste mesmo momento, a LC 105/01 limita o direito de **exame** de tais documentos somente se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

O Decreto Estadual Paulista nº 54.240/09, elaborado em consonância com a LC 105/01, prescreve o seguinte em seu artigo 2º:

**"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" (grifei)**

Complementa, em seus artigos 4º. e 6º., disciplinando que:

Artigo 4º - Compete ao Agente Fiscal de Rendas **propor a requisição de informações de que trata o artigo 1º por meio de Ofício** com relatório circunstanciado que:

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

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

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

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

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

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



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

**CAMARA  
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº  
 DRTC-I-686129/10**

**RECURSO  
 ESPECIAL**

Vale dizer, a simples leitura do Decreto Estadual Paulista nº 54.240/09, autoriza a quebra de sigilo desde que sejam obedecidas as seguintes condições:

- (a) Procedimento fiscal previamente instaurado (art. 4º, I);
- (b) Caráter indispensável da medida (art. 4º, II);
- (c) Motivação do pedido (art. 4º, IV);
- (d) Proposta de requisição específica pelo Agente Fiscal à autoridade competente (art. 4º, III);
- (e) Deferimento da proposta de requisição de informações de que trata o artigo 4º, pelo Delegado Regional Tributário e o Diretor-Executivo da Administração Tributária (art. 6º);
- (f) Notificação do contribuinte para apresentação das informações de forma espontânea (art. 6º); e
- (g) Se não atendida, envio de requisição de informações à administradora de cartões de crédito (art. 6º).

Portanto, não se está a discutir a legalidade das normas infraconstitucionais que autorizaram a quebra de sigilo bancário do particular, mas de estrita obediência à forma e aos formalismos previstos em atos normativos.

Sabe-se que o processo administrativo tributário é precedido de procedimento administrativo fiscal que, por sua vez, é instaurado com a finalidade de fiscalizar e de apurar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível (art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN).

Na acepção do artigo 8º da Lei 10.177/98, que regulamenta os procedimentos administrativos no âmbito da administração pública estadual, são inválidos os atos administrativos que omitirem formalidades ou procedimentos essenciais ou com falta ou insuficiência de motivação.



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

CAMARA  
 SUPERIOR

PROCESSO Nº  
 DRTC-I-686129/10

RECURSO  
 ESPECIAL

A "forma", segundo o Prof. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA CINTRA, (Atos Administrativos, Licitações e Contratos Administrativos, 1995, pág.52), *"diz respeito à existência da declaração estatal; a "formalidade" diz respeito à validade do ato administrativo. Uma declaração estatal torna-se socialmente reconhecível quando se reveste de uma forma. Está-se diante de um ato administrativo inválido quando uma "formalidade" deixou de ser cumprida"*.

É sabido que os procedimentos ou as formalidades previstas em ato administrativo devem ser cumpridas, lembrando que o art. 100, I, do CTN, disciplina serem normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas.

Dentre as diversas classificações de atos administrativos – e, portanto, dos efeitos jurídicos dele decorrentes -, parece adequada a subsunção ao conceito de atos preparatórios ou acessórios do ato principal. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, 23ª Edição, Editora Atlas, pág. 197) ensina que *"existem, no entanto, determinados atos que são preparatórios ou acessórios do ato principal, mas não podem ser excluídos da noção de ato administrativo, porque ou integram um procedimento ou fazem parte de um ato complexo. Neste caso, eles são condição de validade do ato principal; sem eles, este não produz efeitos jurídicos; além disso, podem ser impugnados separadamente."*

Conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151º) *"o exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infraestrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão"*.

Romeu Felipe Bacellar Filho (Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66) ensina que *"a competência, a finalidade e a forma são vinculadas, ou seja, tem-se que o*



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

**CAMARA  
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº  
 DRTC-I-686129/10**

**RECURSO  
 ESPECIAL**

*mérito, que pressupõe o exercício da discricionariedade, recai sobre os aspectos objeto e motivo apenas.”.*

Logo, equivocado o pensamento de que a discussão do mérito envereda apenas à legalidade da quebra de sigilo, mas, a meu ver, encontra barreira anterior e intransponível atinente à não observância da forma, finalidade e competência claramente descritos no Decreto Estadual e na mencionada lei complementar.

A não observância de tais requisitos faz com que o ato administrativo careça de condição de validade, tornando todo o procedimento fiscal que culminou com a lavratura do AIIM nulo desde sua origem.

Nem se argumente que os arquivos do contribuinte foram entregues pela administradora de cartão de crédito nos termos da portaria CAT 87/96, vez que os procedimentos de fiscalização iniciaram-se na vigência do Decreto 54.240/09 e nele deveriam se apoiar. Ainda que se admitisse a entrega dos arquivos pela administradora de cartão de crédito – verdadeira instituição financeira nos termos da LC 105/01 – com base em tal Portaria CAT, o fato é que a LC 105/01 também definiu que **“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”.**

Não é demais lembrar que a própria Lei Complementar 105 foi submetida a enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal, à luz dos direitos estampados no art. 5º. XII da CF/88:

“Art. 5º. (...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”  
 (grifamos)



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

CAMARA  
 SUPERIOR

PROCESSO Nº  
 DRTC-I-686129/10

RECURSO  
 ESPECIAL

O STF assim concluiu:

*"SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO, Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.*

*SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico-tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte."<sup>1</sup>(grifou-se)(Doc. 01)*

No entanto, não há de se aventurar por esta trilha, haja vista o óbice imposto a este Tribunal pelo artigo 28 da Lei 13.457/09:

*Artigo 28 - No julgamento é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:*

*I - em ação direta de inconstitucionalidade;*

*II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.*

Pelo exposto, conheço e dou provimento ao recurso do contribuinte, declarando a nulidade do lançamento exordial.

Sala de Sessões,

02 de agosto

de 2012

Eduardo Perez Salusse

<sup>1</sup> STF – RE 389.808 – Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15/12/2010.



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

*Jose Roberto Palan*  
Pelo prazo de 15 dias (art. 628 do R.J.)  
ficando adiado o julgamento.

SALA DAS SESSÕES, em 21.8.12

*[Signature]*  
*[Signature]*

Presidente  
Antonio Augusto S.P. de Carvalho



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

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

<b>PROCESSO Nº</b>
<b>DRT</b>
CI - 6861291/2010

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

<b>VOTO DE VISTA</b>	
RECORRENTE	J. F. TAVARES CONFECÇÕES - ME
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA
ASSUNTO	ICMS
JUIZ RELATOR	Eduardo Perez Salusse
JUIZ COM VISTA	José Roberto Rosa
<b>QUESTÃO DECIDIDA</b>	

### VOTO - VISTA

**EMENTA - ICMS - Falta de pagamento do imposto apurado por meio de levantamento fiscal. 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.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA  
SUPERIOR

PROCESSO Nº  
DRT

RECURSO  
ESPECIAL

C.J. 686129/2010

- 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 DO CONTRIBUINTE E A ELE NEGO PROVIMENTO, MANTENDO A DECISÃO RECORRIDA.**

1 - A questão dos autos está inserida na chamada "Operação Cartão Vermelho", onde o Fisco constata divergência entre o valor repassado pelas administradoras de cartões de crédito, a título de valores a receber de clientes, e o total das notas fiscais emitidas por estabelecimento comercial.

2 - O autuado entende ter se configurado afronta ao sigilo bancário, nos termos da Lei complementar 105/2001.

### **LC 105/01**

*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."*

3 - A legislação paulista aponta a obrigatoriedade de fornecimento de tais dados pelas empresas de cartão de crédito:

### **Lei 6374/89**

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



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA  
SUPERIOR

PROCESSO Nº  
DRT

RECURSO  
ESPECIAL

C.E. 686129/2010

*livros, os programas e os arquivos magnéticos 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)*

...

*§1º - A obrigação prevista neste artigo, ressalvada a exigência de prévia autorização judicial, não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão."*

### RICMS

**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):*

*X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto (Lei 6.374/89, art. 75, X, acrescentado pela Lei 12.294/06, art. 2º, II); (Inciso acrescentado pelo Decreto 51.199 de 17/10/2006; DOE de 18/10/2006; efeitos a partir de 07/03/2006)*

4 - O chamado sigilo bancário está atrelado à garantia individual, no sentido de assegurar o direito do indivíduo à privacidade, impedindo que sua intimidade seja devassada por terceiros. Em nosso entendimento, **o instituto não se aplica ao caso em tela, em que estamos tratando de valores que, pelo ordenamento jurídico, fazem parte dos elementos obrigatórios do documento fiscal emitido pelos estabelecimentos de varejo, o Cupom Fiscal, quando a venda é paga por meio de cartão de crédito. Tal situação**



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA  
SUPERIOR

PROCESSO Nº  
DRT

RECURSO  
ESPECIAL

Cx. 686129/2010

**existe desde 1.998 - vide artigo 33 da Portaria CAT-55, de 14-7-98 - com a obrigatoriedade de impressão do comprovante de pagamento por meio de cartão de crédito ou débito em equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF.**

### Portaria CAT-55, de 14-7-98

#### SEÇÃO II

#### DA EMISSÃO DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO EFETUADO POR CARTÃO DE CRÉDITO OU DÉBITO AUTOMÁTICO

**Artigo 33** - A emissão do comprovante de pagamento, efetuado por cartão de crédito ou débito, relativo à operação ou prestação de contribuinte que utilizar o equipamento Emissor de Cupom Fiscal, deverá (artigo 251 do RICMS e Convênio ECF- 1/98, cláusula quarta): (Redação dada ao artigo pela Portaria CAT-40/12, de 03-04-2012; DOE 04-04-2012; Efeitos a partir de 02-05-2012)

*I - ser realizado por meio de ECF;*

*II - estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva.*

*Parágrafo único - Alternativamente ao disposto no "caput", o comprovante de pagamento poderá ser emitido por meio de equipamento POS ("Point of Sale") ou por outro equipamento não integrado ao ECF, desde que conste, impresso no comprovante de pagamento emitido, o número de inscrição no CNPJ do estabelecimento onde se encontre instalado o ECF.*

**Artigo 33 - (Redação vigente até 01.05.2012)** A emissão do comprovante de pagamento relativo à operação ou prestação efetuado por cartão de crédito ou débito automático em conta corrente, por contribuinte obrigado ao uso de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), será efetuada, somente, por meio de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) e o comprovante deverá (Convênio ECF-1/98, cláusula quarta):

*I - estar vinculado ao documento fiscal referente à operação ou prestação, exceto quando utilizado equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) sem essa característica, homologado nos termos da legislação pertinente, hipótese em que deverá ser observado o disposto no artigo 34; (Redação dada ao Inciso I pelo Inciso IV do*



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA  
SUPERIOR

PROCESSO Nº  
DRT

RECURSO  
ESPECIAL

CI. 686129/2010

**artigo 1º da Portaria CAT 58/99 de 31-08-99, DOE 01-09-99, efeitos a partir de 01-09-1999)**

**I - estar vinculado ao documento fiscal referente à operação ou prestação;**

**II - ser arquivado e conservado, nos termos do artigo 193 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 33.118 de 14 de março de 1991.**

**5 - E mais: o próprio Regulamento do ICMS deixa claro que tal informação já deve constar do Cupom Fiscal:**

**Art. 251 - ...**

**§ 2º - É vedada a utilização, em recinto de atendimento ao público, de equipamento não integrado ao ECF que possibilite o registro ou o processamento de dados relativo a operação ou a prestação de serviços, sendo obrigatória a utilização do ECF para emissão do documento fiscal da respectiva operação ou prestação e impressão do correspondente comprovante de pagamento, independentemente do meio de pagamento utilizado, de tal forma que ambos os documentos fiquem vinculados um ao outro (Convênio ECF-1/98, cláusula quarta). (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 56.692, de 27-01-2011; DOE 28-01-2011)**

**REDAÇÃO ANTERIOR:**

**§ 2º - A utilização de equipamento, no recinto de atendimento ao público, que possibilite o registro ou processamento de dados relativo a operação ou a prestação de serviços, inclusive equipamento para processar cartão de crédito ou débito automático em conta corrente, somente será permitida quando integrar o ECF.**

Ou seja, o varejista é obrigado a emitir o Cupom Fiscal, exceto, apenas, aquele de mínimo porte, que fatura até R\$ 120.000,00, por ano, e, ao emitir o documento, quando vende por meio de cartão de crédito, obrigatoriamente, deve imprimir o comprovante de pagamento por meio de cartão de crédito ou débito em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT

RECURSO
ESPECIAL

Cx. 686129/2010

6 - Inclusive, em caso de emitir o comprovante de pagamento por cartão de crédito ou débito, em separado do cupom fiscal, deve automaticamente permitir a informação dos dados pela administradora do cartão. É o que prevê a Portaria CAT-80, de 17-10-2001, ou seja, o contribuinte **"que aceitar cartão de crédito ou débito como meio de pagamento das vendas realizadas e utilizar "Point of Sale" (POS) ou equipamento manual para a impressão do comprovante de pagamento ao invés de imprimi-lo por meio do ECF deverá optar, até 31 de outubro de 2001, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito a fornecer à Secretaria da Fazenda informações sobre o faturamento do estabelecimento"**.

### **PORTARIA CAT-80 de 17-10-2001**

(DOE de 19-10-2001)

*Dispõe sobre a opção do contribuinte usuário de ECF que imprima o comprovante de pagamento, por meio de cartão de crédito ou débito, no POS ("Point of Sale") ou em equipamento manual, em autorizar a entrega ao fisco, por intermédio das administradoras de cartões de crédito ou débito de arquivo eletrônico contendo o faturamento do estabelecimento, em substituição à obrigatoriedade de impressão do comprovante de pagamento pelo ECF*

*O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista a obrigatoriedade de impressão do comprovante de pagamento por meio de cartão de crédito ou débito em equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, prevista no artigo 33 da Portaria CAT-55, de 14-7-98, e a celebração do Convênio ECF-1/01 de 6-7-01, e do Protocolo ECF-4 de 24-9-01, expede a seguinte portaria:*

**Artigo 1º - O contribuinte usuário de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF que aceitar cartão de crédito ou débito como meio de pagamento das vendas realizadas e utilizar "Point of Sale" (POS) ou equipamento manual para a impressão do comprovante de pagamento ao invés de imprimi-lo por meio do ECF deverá optar, até 31 de outubro de 2001, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito a fornecer à Secretaria da Fazenda informações sobre o faturamento do estabelecimento.**



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA  
SUPERIOR

PROCESSO Nº  
DRT

RECURSO  
ESPECIAL

CI. 686129/2010

§ 1º - Após o prazo previsto no "caput", nas hipóteses de abertura de novo estabelecimento, início de utilização de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF ou no caso do estabelecimento passar a operar com cartão de crédito ou débito, a opção poderá ser exercida em até 30 (trinta) dias contados de cada uma dessas ocorrências.

§ 2º - A impressão dos comprovantes de pagamento por meio de POS poderá estender-se até 31 de dezembro de 2002, ocasião em que cessarão os efeitos da opção prevista no "caput", tornando-se obrigatória a partir de então a impressão do comprovante de pagamento por meio do ECF.

§ 3º - A opção do contribuinte perderá, automaticamente, eficácia no caso de a administradora de cartão de crédito ou débito deixar de cumprir a obrigação prevista no artigo 4º.

7 - Também se coaduna com isso a legislação referente às microempresas e empresas de pequeno porte, as chamadas empresa do "Simples", que também tiveram em seu regramento a condição da emissão conjugada de documento fiscal e comprovante de pagamento, com a autorização prévia para o fornecimento de informações ao Fisco pela empresa administradora de cartão de crédito ou débito.

### **RICMS**

#### **Anexo XX - Simples Paulista**

**Artigo 3º** - O enquadramento do contribuinte no regime especial de tributação disciplinado neste anexo será efetuado mediante declaração de sua opção, nos termos de disciplina aprovada pela Secretaria da Fazenda contendo no mínimo (Lei 10.086/98, art. 3º, na redação da Lei 12.186/06, art. 1º, III) (Redação dada ao artigo 3º pelo inciso III do art. 1º do Decreto nº 50.588, de 14-03-2006; DOE de 15-03-2006, produzindo efeitos a partir de 1º-01-2006).

*I - nome e identificação da pessoa natural ou jurídica e de seus sócios;*

*II - número da inscrição estadual;*

**III - declaração de que:**





SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA  
SUPERIOR

PROCESSO Nº  
DRT

RECURSO  
ESPECIAL

CI. 686127/2010

- a) preenche o requisito mencionado nas alíneas "a" dos incisos I ou II do artigo 1º, exceto na hipótese prevista no § 5º do artigo 1º;
- b) preencherá o requisito das alíneas "b" dos incisos I ou II do artigo 1º;
- c) não se enquadra nas vedações indicadas no artigo 2º;
- d) está ciente de que sua permanência no regime está condicionada à observância das disposições estabelecidas na legislação;
- e) 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. (g.n.)**

8 – Temos, então, que :

- o varejista emitirá, em suas vendas, o Cupom Fiscal;
- quando receber pagamento por meio de cartão de crédito ou débito, imprimirá tal informação no próprio Cupom Fiscal;
- provisoriamente, se imprimir o comprovante de pagamento, em separado, por meio de "Point fo Sale" ou equipamento manual, necessariamente opta por autorizar a administradora do cartão a fornecer as informações à Secretaria da Fazenda.

9 – Importante salientar que não há situação plausível de divergência entre o valor das vendas e o valor dos repasses da administradora do cartão de crédito, a não ser para baixo, em relação ao repasse da administradora, pois nos documentos fiscais emitidos pelas vendas constarão, além das vendas por cartão, as vendas à vista, à prazo e por meio de cheques. Diferença para cima, com o valor do repasse a maior que o total dos documentos fiscais emitidos, somente seria possível em caso de fraude do estabelecimento varejista, ou seja, quando, além de não cumprir a legislação imprimindo o comprovante de pagamento pelo Emissor de Cupom Fiscal, na verdade, nem sequer o Cupom Fiscal teria emitido. Pergunto: É isto que se



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT

RECURSO
ESPECIAL

CT-686129/2010

pretende proteger ?

**10 – Ora, como se falar em “sigilo bancário” em relação a informações que, pelo ordenamento jurídico, já deveriam constar no próprio Cupom Fiscal e dali foram subtraídos numa atitude ilícita. Ilícita, sem nenhuma dúvida, pois não houve simplesmente subtração de dados regulamentares de documento fiscal, mas se obliterou a própria emissão do documento pela venda, que deveria ser emitido conjugadamente com o comprovante de pagamento.**

**11 – Pois bem: não é plausível invocar “sigilo bancário” para proteger este tipo de situação, impedindo o acesso do Fisco a informações que o próprio contribuinte, arditosamente, subtraiu de documentos fiscais que emitiu.**

**12 – Trata-se de elemento que é parte da contabilidade do contribuinte, intrinsecamente ligado às operações mercantis de uma pessoa jurídica. Não estamos falando de valores que possam ter origem diversa das operações negociais do estabelecimento, mas sim de recebimentos referentes a operações comerciais. Ou seria plausível supor que o repasse das administradoras para empresas comerciais poderiam se referir a situações fora do comércio, em que a intromissão do Fisco pudesse colocar em risco a garantia individual ? Não ! Estamos falando de valores que já deveriam estar informados no próprio Cupom Fiscal, por exigência do ordenamento, ou seja, venda por cartão de crédito, o cupom fiscal e o comprovante de pagamento são uma coisa só. Portanto, não há qualquer afronta ao sigilo bancário e às garantias individuais.**

12 – Ademais, o Fisco não está revelando identidade de titulares dos cartões, saldos de contas representativas de patrimônio, individualizando clientes ou coisa do gênero, mas sim utilizando



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT

RECURSO
ESPECIAL

01.686.129/2010

valores globais de pagamento atrelados a operações mercantis de empresas com responsabilidade perante o Fisco. E repetimos: empresas que descumpriram a obrigação de conjugar tais informações com os documentos de suas vendas.

13 - No Judiciário, como lembra a d. Representação Fiscal, tivemos uma precisa abordagem da situação, cuidando da prevalência do interesse público em face das obrigações regulamentares, nos casos da espécie, acolhendo a necessidade da integração do cupom fiscal com o comprovante de pagamento, no Julgamento da Apelação Cível nº 425.253.5/1-00, na relatoria da i. Desembargadora Maria Laura de Assis Moura Tavares, datado de 27 de novembro de 2008:

***"A atividade da Administração é vinculada, sujeitando-se o contribuinte à supremacia do interesse coletivo, não podendo os interesses particulares do impetrante sobrepor-se ao interesse da coletividade.***

***A obrigação em questão tem como objetivo assegurar maior controle na arrecadação do tributo, e tal exigência não ostenta qualquer ilegalidade, diante da competência de instituir obrigação acessória, consoante dispõe o artigo 113 do Código Tributário Nacional, não se caracterizando como inconstitucional ou, ainda, quebra do sigilo comercial.***

***A obrigação acessória pode ser instituída por normas de natureza regulamentar, e a exigência da integração do emissor de cupom fiscal ao sistema de pagamento por cartões, ao contrário do que sustenta com veemência o impetrante, é de caráter instrumental sendo, como já constou, meio que se faz necessário para o controle do cumprimento da obrigação tributária, que é o pagamento de impostos". (grifos nossos)***

14 - Igualmente esclarecedora a decisão do Tribunal de



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT

RECURSO
ESPECIAL

C.J. 686129/2010

Justiça/SP, Relator Des. Carlos Eduardo Pacchi, com a participação dos Desembargadores Oliveira Santos (Presidente) e Israel Góes dos Anjos, em 29 de agosto de 2011

### **APELAÇÃO CÍVEL nº 0024464-80.2010.8.26.0053**

Comarca de SÃO PAULO

Apelante: N. APARECIDA S. M. DE MORAIS EPP

Apelada: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(Juiz de 1ª Instância: Maria Fernanda de Toledo Rodovalho)

**TRIBUTÁRIO Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços (ICMS) Pretensão que visa ao reenquadramento no Regime "Simples Paulista", cumulada com anulação de cobrança de diferença de ICMS. I Secretaria da Fazenda que obteve dados relativos às operações tributáveis feitas pela empresa ora Apelante, por meio de empresas administradoras de cartões de crédito ou débito.**

**Procedimento fiscalizatório previsto no inciso X, do art. 75, da Lei nº 6.374/1989 e na Portaria CAT-87.**

**Admissibilidade. Atuação do Fisco que se insere dentro do poder de polícia - Descaracterizada a quebra de intimidade ou de sigilo, cuidando-se apenas de transferência de dados para a Administração Pública. Desenquadramento que somente ocorreu após procedimento administrativo instaurado, que conferiu plena possibilidade de defesa à empresa.**

**II Decisão administrativa que julgou recurso da Autora em prazo superior ao determinado em lei.**

**Irregularidade que não descaracteriza a validade da decisão de desenquadramento.**

**III Alegada ofensa aos princípios da anterioridade e da irretroatividade tributária. Inocorrência Acréscimo legislativo que não se insere nas proibições do art. 150, da Constituição da República.**

**IV Compensação Impossibilidade Inexistência de norma autorizadora ou de permissão da autoridade**



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT

RECURSO
ESPECIAL

C.T. 686.129/2010

**administrativa.**

**Inteligência dos arts. 156 e 170, do CTN.**

**R. Sentença de improcedência mantida.**

**Recurso improvido.**

*"Diferentemente do alegado pela Apelante, a forma utilizada pelo fisco para fiscalizar as operações tributáveis não ofende o sigilo e a intimidade da empresa autora.*

*Veja-se que a fiscalização paulista atuou dentro dos limites legais. A sua atividade fiscalizadora decorre de seu poder de polícia, possibilitando direta execução sem necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário.*

*Aliás, sempre presentes as lições de Hely Lopes Meirelles, quanto a esse poder, que também é um dever imposto pela lei aos agentes que atuam em nome da Administração Pública:*

*"A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'... Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe". (Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed., SP: Malheiros, p.88)*

**Ademais, as informações conferidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, entregues à Secretaria da Fazenda, não implicam em quebra de sigilo ou de privacidade da pessoa jurídica, mas apenas de repasse de dados para a Administração Pública, autorizada por lei, como medida fiscalizatória.**

**Além disso, a Autora não foi desenquadrada imediatamente do regime Simples Paulista. Foi ela devidamente notificada a prestar informações relativas às operações tributáveis do ano de 2006, no prazo de 05 dias (fls. 24).**

**Porém, não há qualquer menção nos autos de que a Autora providenciou os documentos exigidos na mencionada notificação, necessários à efetiva fiscalização de suas atividades realizadas em 2006.**



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT

RECURSO
ESPECIAL

Ct. 686129/2010

***Tudo leva a crer que, ou a empresa deixou de cumprir a determinação da autoridade fiscal ou, mesmo que tenha oferecido a documentação exigida, esta veio a confirmar os dados obtidos pelo Fisco junto às empresas administradoras de cartão de crédito.*** (grifo nosso)

15 - Pontos fundamentais que se deduzem das decisões judiciais citadas:

- 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;
- o contribuinte tem oportunidade de prestar os esclarecimentos que julgar necessários para comprovar que tais situações não sejam passíveis de tributação.

16 - Não há que se falar em sigilo bancário quanto a uma informação que já deveria constar do documento fiscal, legitimamente erigida como obrigação acessória pelo ordenamento. A administradora de cartão de crédito forneceu, por exigência legal, a totalidade de valores recebidos, sem divulgação de dados individuais de clientes e/ou compradores. **Enfim, o Fisco somente solicita à instituição financeira aquilo que já devia constar dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte.**

17 - Não houve, tampouco, afronta ao sigilo fiscal previsto no artigo 198 do Código Tributário Nacional. **Ademais, os valores relacionados ao estabelecimento comercial somente foram utilizados pelo Fisco após a emissão da Ordem de Fiscalização e início do procedimento fiscal.**



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

## TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT

RECURSO
ESPECIAL

Ct. 686/29/2010

18 – Importante, ainda, ressaltar o parecer da d. Representação Fiscal:

*"Nesta medida, diversamente da normatividade da LC 105/01 (que trata da instrumentalização para a quebra de sigilo), com a presente operação, o Estado de São Paulo empreende o que se conceitua por "transferência de dados", **em perfeita consonância**, diga-se, com a disciplina do Código Tributário Nacional, em específico no que diz respeito à Administração Tributária e seu limite de atuação, estampada nos artigos 197 e 198."*

**19 – Pelo exposto, correta a ação fiscal, 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;
- atuação 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, já



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

# TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT

RECURSO
ESPECIAL

CI-6861291/2010

**deveriam constar no próprio Cupom Fiscal, conforme art. 251, §2º RICMS/00, Portarias CAT-55/98 e 80/01 e Convênio ECF-01/98 sendo que desse documento foram subtraídos numa atitude ilícita do contribuinte.**

**Portanto, CONHEÇO DO RECURSO ESPECIAL considerando que o paradigma apresentado também trata da chamada "Operação Cartão Vermelho" e caminhou no sentido oposto ao da decisão recorrida, mas a ele NEGO PROVIMENTO para manter a decisão recorrida**

**JOSE ROBERTO ROSA – Juiz com Vista**

*Mantenho meu voto por  
seus próprios fundamentos*

**EDUARDO PEREZ SALUSSE**



CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTCJ 686127/2010

RECURSO
Especial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC J. 686129/2010

RECURSO
Especial

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

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

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

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

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

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

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

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

Sob este prisma, o próprio AIIM informa:

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

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

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

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

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

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

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

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

Não o fez.

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

Por Tais Razões, acompanho o Dr. ROJA

*Celso*  
CELSO JARDIM JULIAN



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

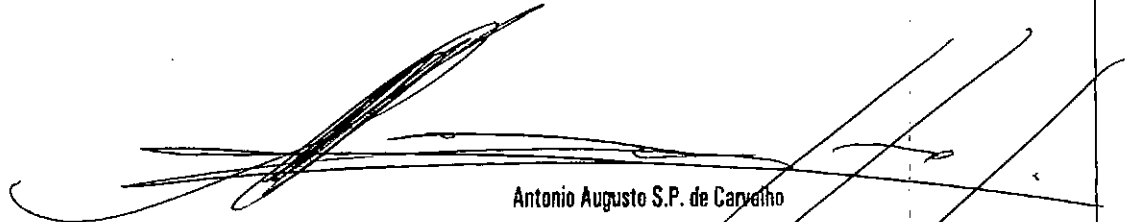
FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº

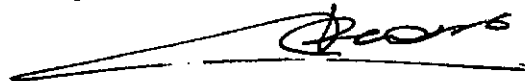
DRT-CT-686129/2010

Reportando-me  
ao voto que, na sessão  
de 31 de maio de 2012,  
preferi nos autos do  
Processo DRT-CT-317.695/12,  
declaro nulo o AITU.



Antonio Augusto S.P. de Carvalho

Com o Sr. José Rosa



AUGUSTO TOSCANO

Com o Sr. Antonio Augusto



Fernando Mussolini Jr.

Com o Sr. José Rosa



Gianpaulo Camillo  
Dringoli

Com o Sr. Antonio Augusto

*[Handwritten signature]*

Francisco Antonio Felio

FRANCISCO ANTONIO FELIO

Com o Sr. José Rosa

*[Handwritten signature]*  
EGLE PRANDINI MACIOTTA

Com o Sr. José Rosa.

*[Handwritten signature]*

Paulo Gonçalves da Costa Junior

Com o Sr. Antonio Augusto

*[Handwritten signature]*  
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

*[Large handwritten flourish]*

DRTC J. 686129/2010

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

DRTU I - 686129/2010

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 D. Rosa

  
FERNANDO MORAES SALLABERRY

Com D. Salusse e D.  
Antônio Augusto

  
Vanessa P. Rodrigues Domene

Com D. José Rosa

  
Olga Maria de Castilho Arruda

Com D. José Rosa

  
JOSÉ PAULO NEVES  
Presidente