



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Registro: 2014.0000584400**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante [REDACTED].

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da autora e julgaram prejudicado o recurso da FESP, vu.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEIRETTI DE GODOY (Presidente) e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

**Ferraz de Arruda**  
**RELATOR**  
**Assinatura Eletrônica**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**SÃO PAULO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

14

**Apelação com Revisão:** 0021870-38.2012.8.26.0566

**Comarca:** São Carlos

**Juiz:** Gabriela Müller Carioba Attanasio

**Apelante:** Fazenda do Estado de São Paulo; [REDACTED]

[REDACTED] (ME)

**Apelado:** Os mesmos

VOTO Nº 31.434

ORDINÁRIA – ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – ICMS – CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO A PARTIR DE INFORMAÇÕES OBTIDAS PERANTE ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO – VIOLAÇÃO AO DEVER DE SIGILO NÃO CARACTERIZADO – MEDIDA PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR 105/2001 QUE IMPLICA MERA TRANSFERÊNCIA DO SIGILO À ADMINISTRAÇÃO FISCAL – SIGILO DAS INFORMAÇÕES PRESERVADO – EXIGÊNCIA, CONTUDO, DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ONDE SE MOSTRE INDISPENSÁVEL O PEDIDO DE INFORMAÇÕES PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – REQUISITO NÃO OBSERVADO – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO RECONHECIDA – EXEGESE DOS ARTIGOS 197, DO CTN; 75, X, DA LEI ESTADUAL 6.374/89; 6º, DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001; 2º E 3º, DO DECRETO 54.240/09 – RECURSO DA AUTORA PROVIDO, PREJUDICADO O EXAME DO APELO FAZENDÁRIO.

Contra a r. sentença de fls. 309/318 que julgou parcialmente procedente ação anulatória de auto de infração ajuizada por [REDACTED]

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Wada em face da FESP, para o fim de redução da multa aplicada ao patamar de 20% sobre o valor do imposto devido, apelaram as partes.

Apela a FESP alegando, em apertada síntese, que a lavratura do auto de infração se deu por sonegação fiscal e não para exclusão da autora do “Simples”. Sustenta que o AIIM preenche todos os requisitos e que a empresa, mesmo notificada do procedimento administrativo, ficou-se inerte. Alega que não houve quebra de sigilo, tanto que as informações prestadas pelas Administradoras de Cartões de Crédito e Débito não compõem os autos. Acrescenta, ainda, que a penalidade aplicada está prevista na legislação tributária, não comportando alteração.

A autora alega que toda a operação que gerou as informações foi ilegal e inconstitucional. Acrescenta que a imputação não pode se dar por presunção, e não pode acarretar sua exclusão do SIMPLES, como ocorreu na hipótese. Sustenta que o ônus da prova era da ora apelada, uma vez que lhe é impossível a produção de prova negativa; que foi utilizada prova ilícita, uma vez que a intimidade e o sigilo só podem ser afastados mediante autorização judicial; e que não foi realizado procedimento administrativo anterior para se obter as informações dos contribuintes com as instituições financeiras.

Tempestivos, os recursos foram contra-arrazoados.

**É o relatório.**

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

A autora ajuizou a presente demanda objetivando a anulação do AIIM nº 3.127.465-1 lavrado pelo Fisco estadual por ter deixado de “...pagar o ICMS no montante de R\$ 31.400,07 (trinta e um mil, quatrocentos reais e sete centavos), nos períodos de apuração das competências de janeiro a outubro de 2007, dezembro de 2007, fevereiro de 2008, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00 (aprovado pelo Decreto 45.490/00), conforme demonstrativos constantes dos Anexos I-C, II-A, III-A, V-A, VI, juntados às folhas de nº 9 a 19, respectivamente. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, de acordo com disposto no inciso X do artigo 74, da Lei nº 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º, da Lei nº 12.294/06), no inciso X, do artigo 494 do Regulamento do ICMS/2000 e na Portaria CAT-87/2006....” e de “....pagar o ICMS no montante de R\$ 3.662,60 (três mil, seiscentos e sessenta e dois reais e sessenta centavos), em dezembro de 2007 e março de 2008, decorrente de erro na apuração do imposto, originado do transporte incorreto a menor do valor da soma das colunas Débito do Imposto do livro Registro de Saídas para o campo Valor do Débito do Imposto do livro de Apuração do ICMS e havendo sido os documentos fiscais emitidos e escriturados regularmente,....” (fls. 54/55).

Alegou que as apurações foram realizadas com base em meras

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566



PODER JUDICIÁRIO  
SÃO PAULO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

14

presunções e informações unilaterais supostamente obtidas diretamente das administradoras de cartões, sem autorização judicial prévia.

Sustentou que, além de carecerem de comprovação da origem, tais provas ofendem as garantias constitucionais da intimidade e do sigilo bancário, bem como os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da moralidade administrativa.

Por fim, arguiu a abusividade da multa que sustenta ser nitidamente confiscatória, eis que fixada em 80%.

A questão posta em debate cinge-se à legalidade/constitucionalidade, ou não, dos meios pelos quais apurado o ICMS cobrado no AIIM.

Com efeito, dispõe o artigo 197, do Código Tributário Nacional:

*Art. 197 – Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros;*

*I – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;*

*II – os bancos, as casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;*

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566



**PODER JUDICIÁRIO**  
**SÃO PAULO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

14

Em igual sentido, a disposição contida no artigo 75, X, da Lei 6.374/89 (introduzido pela Lei nº 12.294/06):

*Art. 75 - Não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exhibir os impressos, os documentos, os 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;*  
(introduzido pela Lei 12.294/06)

(...)

(grifo nosso)

Com efeito, o sigilo bancário, a despeito de carecer de sustentação constitucional expressa, tem fundamento na proteção à intimidade, à vida privada e aos dados (artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal).

Nesse passo, a meu ver, as correntes que sustentam a inconstitucionalidade da LC 105/2001, carecem de embasamento.

Poderia aqui tecer argumentos sobre não constituir o sigilo um direito absoluto, não havendo no sistema constitucional brasileiro direitos ou

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566



PODER JUDICIÁRIO  
SÃO PAULO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

14

garantias que se revistam de caráter absoluto. Poderia mencionar que, por razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades, legitimam-se, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas.

Entretanto, tal argumentação se mostra desnecessária em virtude do entendimento, do qual comungo, de que a medida autorizada pela LC 105/2001 não implica quebra do sigilo, ou seja, da garantia constitucional implícita, mas apenas sua transferência.

Conforme lúcido ensinamento de Saraiva Filho e Oswaldo Othon de Pontes “....como o sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo da divulgação ao público em geral, nunca quando a divulgação de informações bancárias é para as autoridades administrativas competentes, que, sob pena de responsabilidade penal, civil e administrativa, estão, em regra, proibidos de transmitir o que lhes foi dado conhecer; não há perigo de devassa ou quebra de sigilo bancário que venham a perturbar as relações jurídicas através do sistema financeiro. Mesmo porque o Direito não existe para proteger a própria torpeza, a propaganda enganosa da situação econômica, os atos contra a família, a concorrência desleal com a tendência de dominação do mercado de quem escapa da tributação correta, ou seja, não se

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566



PODER JUDICIÁRIO  
SÃO PAULO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

14

*pode permitir no mundo de economia globalizada em que os negócios se fazem até por meio virtual pela Internet, e que, na prática, o mais das vezes, os tributos são liquidados e pagos pelo próprio contribuinte, sem a prévia conferência por parte da Administração, que sonegadores, traficantes, corruptos tenham o direito de esconder do Fisco os seus reais rendimentos, impedindo-se a transferência imediata do sigilo bancário para a Administração tributária, transferência essa necessária para a sua eficiência. Aliás, como bem pondera Sérgio Carlos Covello: 'Banco não é esconderijo'. O Poder Judiciário continua como controlador dos atos da Administração, se até mesmo a solicitação da transferência do sigilo ou mesmo a transferência do sigilo não corresponderem às exigências legais.” (SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O Acesso Direto aos Dados Bancários por parte do Fisco: a Transferência do Sigilo Bancário para o Sigilo Fiscal, RFDT 11/63, out/04 apud PAULSEN Leandro. Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, Ed. Livraria do Advogado, 15ª ed., 2013, p. 1258/1259).*

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que não constitui violação do dever de sigilo das operações de instituições financeiras, a prestação de informações à Secretaria da Receita Federal, sem prévia autorização judicial, sobre as operações efetuadas pelos usuários dos serviços (Recurso Especial nº 1.135.665/SP).

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566





PODER JUDICIÁRIO  
SÃO PAULO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

14

Com efeito, a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, incluídas neste conceito, para efeitos da Lei, as administradoras de cartões de crédito (artigo 1º, §1º, VI), estabeleceu em seu artigo 6º:

*Art. 6º - As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.*

*Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.*

A regulamentar referido dispositivo, veio o Decreto nº 54.240/09 que estabeleceu 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*

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

*tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.*

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

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

Estabelecendo as hipóteses em que estas se mostrarão indispensáveis em seu artigo 3º:

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

*I - fundada suspeita de ocultação ou simulação de fato gerador de tributos estaduais;*

*II - fundada suspeita de inadimplência fraudulenta, relativa a tributos estaduais, em razão de indícios da*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

*existência de recursos não regularmente contabilizados ou de transferência de recursos para empresas coligadas, controladas ou sócios;*

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

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

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

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

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

**VIII** - *fundada suspeita de fraude à execução fiscal.*

Assim, afastada qualquer alegação de inconstitucionalidade das medidas estabelecidas na LC 105/2001, deve-se examinar o cumprimento dos requisitos lá previstos a legitimar a atuação do Fisco.

Conforme se infere do exame do contido nos autos, não houve



PODER JUDICIÁRIO  
SÃO PAULO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

14

instauração de procedimento administrativo prévio, onde tenha se mostrado necessário/indispensável o pedido de informações às Administradoras dos Cartões.

Pelo que se depreende dos autos, as informações foram obtidas, ensejando a lavratura do Auto de Infração, dando-se apenas aí a instauração do procedimento administrativo onde foi oportunizada defesa à contribuinte.

A LC 105/2001 é clara quando dispõe que as autoridades e os agentes fiscais tributários somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras **quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.**

Nesse sentido também a disposição do Decreto 54.240/09 no sentido de que a requisição de informações somente poderá ser emitida pela Secretaria da Fazenda **quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.**

Não foi o que se verificou na hipótese.

O procedimento previsto pela Lei deve ser observado, sob pena de caracterização de ato arbitrário da Administração Fiscal.

Assim, não se trata de reconhecer quebra de sigilo, o que no meu entender evidentemente não ocorreu, como supra exposto, mas de reconhecer a

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566



**PODER JUDICIÁRIO**  
**SÃO PAULO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

14

inobservância do procedimento estipulado em lei para a transferência do sigilo que acarreta, sim, a nulidade do auto de infração.

Deveria o Fisco ter demonstrado a caracterização de alguma das hipóteses estabelecidas no supra transcrito artigo 3º, do Decreto 54.240/09, em antecedente procedimento administrativo, de modo a legitimar sua conduta.

Confira-se entendimento doutrinário acerca do tema:

*Desse modo, entendemos compatível a prerrogativa fazendária com o ordenamento constitucional, desde que, na aplicação da norma contida no art. 6º da Lei Complementar n. 105, de 2001, sejam observadas todas as formalidades necessárias a respeito dos direitos do contribuinte: 1) instauração ou existência de processo administrativo que tenha por objeto o acesso a dados bancários do contribuinte, devidamente fundamentada (devido processo legal); 2) ciência prévia ao contribuinte da necessidade do exame de tais dados, mediante comunicação devidamente fundamentada, com a observância de prazo razoável para que este possa decidir se abre mão do sigilo de seus dados bancários, ou se, ao invés, impugna a exigência, administrativamente (se houver a previsão de meio para esse fim) ou judicialmente (contraditório e ampla defesa); e 3) impossibilidade da solicitação de dados referir-se a período anterior à vigência da Lei*

Apelação nº 0021870-38.2012.8.26.0566

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

*Complementar n. 105, de 2001, não cabendo a aplicação do disposto no § 1º, do art. 144, CTN, porquanto, no caso, não se cuida de mero novo processo de fiscalização, mas sim de acesso a dados não autorizado antes da edição da lei (irretroatividade da lei).*

(COSTA, Regina Helena; Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional, Ed. Saraiva, 2009, p. 317).

Fica, pois, reconhecida a nulidade do auto de infração em questão, por inobservância dos requisitos legais exigidos para a transferência do sigilo das operações da empresa realizadas por meio de cartões de crédito/débito.

Ônus da sucumbência pela ré. Honorários advocatícios fixados por equidade, nos termos do §4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, em R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais).

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso da autora, prejudicado o exame do apelo fazendário.

**FERRAZ DE ARRUDA**  
*Desembargador Relator*