

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

DANIEL TEIXEIRA DE FIGUEIREDO PASSOS

**O FISCO PAULISTA E A VIOLAÇÃO DA GARANTIA
CONSTITUCIONAL AO SIGILO: UMA ANÁLISE DA OPERAÇÃO
CARTÃO VERMELHO**

São Paulo, 2013.

DANIEL TEIXEIRA DE FIGUEIREDO PASSOS

**O FISCO PAULISTA E A VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL AO
SIGILO: UMA ANÁLISE DA OPERAÇÃO CARTÃO VERMELHO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Tributário, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Tributário, orientado pelo Professor Doutor Charles William McNaughton.

São Paulo, 2013.

AVALIAÇÃO:

ASSINATURA DO ORIENTADOR:

RESUMO

A Administração Pública tem, entre seus deveres principais, a função de fiscalizar a arrecadação de tributos. A obtenção de informações dos contribuintes para o exercício de tal função tem sido objeto de contínuas discussões no Poder Judiciário a respeito do limite imposto pela norma constitucional de sigilo. A Lei Complementar nº 105/01 trouxe ao ordenamento jurídico uma nova possibilidade de violação do sigilo bancário de contribuintes que não está prevista na Constituição de 1988. Valendo-se de uma interpretação e aplicação equivocadas desta nova possibilidade, o Fisco paulista violou o sigilo de contribuintes do ICMS antes mesmo da instauração de procedimento administrativo ao compelir as administradoras de cartões de crédito a remeter informações a respeito das operações realizadas em estabelecimento comerciais. A *Operação Cartão Vermelho*, como ficou conhecida, resultou em incremento na arrecadação, lavratura de centenas de milhares de autos de infração por sonegação do imposto estadual e ainda é objeto de discussão judicial longe de uma decisão consolidada pacífica. É de fundamental relevância compreender os aspectos legais previstos no ordenamento para a melhor análise do direito constitucional ao sigilo, a hipótese trazida pela LC nº 105/01 e a *Operação Cartão Vermelho*.

Palavras-chave: Garantia constitucional, sigilo, fiscalização, violação.

ABSTRACT

The Government has, among its primary duties, the function to supervise the collection of taxes. Obtaining information from taxpayers to the exercise of this function has been the subject of ongoing discussions on the Judiciary regarding the limit imposed by the constitutional rule of secrecy. Complementary Law No. 105/01 brought the legal possibility of a new breach of bank secrecy of taxpayers who are not required by the Constitution of 1988. Taking advantage of a mistaken interpretation and application of this new possibility, the Public Administration of São Paulo violated the secrecy of the ICMS taxpayers even before the initiation of administrative proceedings to compel credit card companies to send information about the operations performed on commercial property. The *Operação Cartão Vermelho*, as it became known, resulted in an increase in revenues, issuance of hundreds of thousands of tax assessments for state tax evasion and is still the subject of litigation away from a consolidated and peaceful decision. It is essential to understand the legal aspects foreseen in order to better analyze the constitutional right to confidentiality, the case brought by LC n° 105/01 and *Operação Cartão Vermelho*.

Keywords: constitutional guarantee, secrecy, surveillance, violation.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	7
2. A Garantia Constitucional ao Sigilo.....	9
2.1 A Administração Pública e o Direito-Dever de Fiscalizar	11
3. As Leis Complementares 104 e 105 como Instrumentos Fomentadores à Violação do Sigilo.....	13
4. As Alterações na Legislação de Regência do ICMS Promovidas pelo Estado de São Paulo: ações preparatórias para a <i>Operação Cartão Vermelho</i>	17
5. <i>Operação Cartão Vermelho</i> e a decisiva Violação da garantia constitucional ao Sigilo de Dados.	20
5.1 A Lavratura de Autos de Infração e Imposição de Multa e o Reflexo na Arrecadação do Estado.	22
5.2 A Fiscalização e os Resultados na Arrecadação.....	23
5.3 Inobservância à Lei Complementar nº 105/2001	26
6. A Convalidação de Ato Administrativo Ilegal	30
7. Conclusão.....	32
BIBLIOGRAFIA	34

1. Introdução

A Administração Tributária, entendida como espécie da Administração Pública, responsável pela gestão dos tributos previstos no ordenamento jurídico, seja na fiscalização da ocorrência de fatos geradores, sua arrecadação ou até mesmo na aplicação de penalidade por inobservância às normas de regência, teve de se adaptar à evolução dos tempos, social e tecnológica.

O conceito basilar da Administração Tributária, prevista no Código Tributário Nacional – lei publicada ainda sob a égide de um regime de exceção e ditatorial, em 1966, pelo então presidente General Castelo Branco, ainda serve de diretriz, mas em nada se assemelha à realidade vivida à época da promulgação da Lei nº 5.172, recepcionada pela Constituição Republicada de 1988 com o *status* de Lei Complementar. O desenvolvimento tecnológico, com o advento dos micro-computadores, principalmente de sua popularização a partir da década de 90, os cartões de crédito e a digitalização das operações de compra e venda no comércio ao consumidor final criaram uma rota de fuga aos contribuintes¹ que intencionavam não pagar o ICMS incidente em tais operações.

Por outro lado, do mesmo modo que os contribuintes tiveram maior acesso às tecnologias, a Administração Pública também investiu no desenvolvimento de específicos programas de computadores capazes de gerir um grande volume de informações, intensificou o treinamento do funcionalismo público e viabilizou um conjunto de manobras legais que possibilitaram ao Estado, através de sua Administração Tributária, a violação mais célere do sigilo de dados de contribuintes para que se tivesse acesso às reais informações a respeito das operações por ele realizadas e o seu confronto com aquilo que era efetivamente declarado ao Fisco.

¹ Nas palavras do mestre Geraldo Ataliba, “o sujeito passivo da obrigação tributária é o devedor, convencionalmente chamado *contribuinte*. É a pessoa que fica na contingência legal de ter o comportamento objeto da obrigação, em detrimento do próprio patrimônio e em favor do sujeito ativo”. (*in* Hipótese de Incidência Tributária. Malheiros, São Paulo, 2010. p. 83).

Ainda a respeito da sujeição passiva e da obrigação de pagar o tributo, o ilustre José Eduardo Soares de Melo rememora que “normalmente, a Constituição não indica a pessoa que deve ser concretizada como devedora do tributo, mas apenas contempla as materialidades suscetíveis de sua incidência, outorgando as respectivas competências às pessoas públicas”. (*in* ICMS – Teoria e Prática. Malheiros. 6ª ed. Malheiros, São Paulo, 2003.

Posto isto, temos que a Constituição Federal servirá sempre como diretriz fundamental para elaboração e regulação dos tributos nela previstos, sem que possa o legislador ordinário inovar na criação ou mesmo desviar os princípios basilares que regem a Carta Magna.

A este procedimento de fiscalização foi dado o sugestivo nome de *Operação Cartão Vermelho*, desencadeada oficialmente a partir de 25 de setembro de 2007, com notificações encaminhadas aos contribuintes informando que os dados registrados em seus livros fiscais e GIA's seriam cruzados com as informações que já vinham sendo enviadas ao Fisco pelas Operadoras.

A famigerada operação pautou-se em alterações trazidas no ordenamento pelas Leis Complementares nº 104 e 105, ambas editadas e publicadas no ano de 2001 e que flexibilizaram as possibilidades de violação do sigilo de contribuintes. Estas leis complementares são objeto de discussão judicial e até este momento não há uma solução consolidada nas altas cortes do país a respeito do tema. A doutrina também já discutiu amplamente suas minúcias, a intenção do legislador, a matriz constitucional do sigilo e as consequências ao Estado Democrático da violação de uma garantia constitucional, prevista no rol de garantias e direitos fundamentais do cidadão (artigo 5º da CRFB/88).

Assim, neste trabalho será feita uma breve análise a respeito das alterações trazidas pelas citadas Leis Complementares; a seguir será tratado das manobras trazidas ao ordenamento jurídico estadual que regulamentaram e possibilitaram ao Estado de São Paulo a violação do sigilo dos contribuintes paulistanos; e, como desfecho, a implementação da *Operação Cartão vermelho*, sua execução e os resultados diretos na arrecadação e no orçamento do Estado de São Paulo.

Não se questiona neste trabalho a competência da Administração Tributária para exercer a fiscalização, muito menos a constitucionalidade das citadas Leis Complementares, mas sim a forma como se dá a violação de uma garantia constitucional, sua relativização e a pouca relevância dada à hipótese pela legislação bandeirante.

2. A Garantia Constitucional ao Sigilo

O legislador constituinte tratou com preciosismo a respeito das garantias e direitos fundamentais do cidadão. Muito em decorrência, inevitavelmente, do processo de redemocratização que vivia o país após aproximadamente vinte quatro anos de ditadura. O rol de prerrogativas trazido no artigo 5º do texto magno reflete tal preocupação e foi justamente neste importante pilar da Constituição que foi inserida a garantia constitucional ao sigilo, mais especificamente em seu inciso X e, complementarmente, também no inciso XII, como segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

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;

(...)

Os dois incisos acima citados devem ser analisados de maneira complementar para melhor compreensão dos direitos que buscou o legislador assegurar. A previsão do inciso X está mais relacionada à própria intimidade do cidadão, elementos intrínsecos de sua existência e caracterização que o personificam socialmente, sua imagem, honra e intimidade são invioláveis e, se ofendidas, é assegurado-lhe o direito à indenização.

Já o inciso XII, em complemento ao anterior, cerca de garantias elementos fundamentais ao cidadão e que, por fim, compõem a sua vida privada e intimidade como, por exemplo, o sigilo de sua correspondência e impossibilidade de violação dos dados e dos meios de comunicação privados por ele utilizados, excetuada quando houver ordem judicial para tanto.

Importante que se perceba que quando o legislador quis ofertar a possibilidade de violação de uma garantia fundamental ele a fez expressamente no inciso XII, por conseguinte, pode-se concluir com absoluta segurança que as garantias previstas no inciso X são invioláveis sob qualquer argumento ou hipótese, diante de sua profundidade e de sua essencialidade para existência do cidadão. Violáveis são somente os elementos da vida privada que podem, ou não, ser divulgados pelo próprio cidadão e que eventualmente poderão ser alvo de violação por ordem judicial.

A respeito das possibilidades de quebra do sigilo, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior destacam que a quebra do sigilo não ofende, a priori, o texto de regência que trata mais adiante que a violação será objeto de análise e determinada pelo Poder Judiciário ou por CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito, nos termos do que determina o §3º do artigo 58 da CF/88.

No mesmo sentido, o dileto mestre Celso Antonio Bandeira de Melo esclarece que o texto constitucional foi claro a respeito da possibilidade de violação do sigilo fiscal, compreendido como espécie do direito à privacidade, teve tratativa específica no artigo 198 do Código Tributário Nacional.

Foi justamente com o condão de ampliar o rol de possibilidades de violação ao sigilo fiscal dos contribuintes que foi editada e publicada a Lei Complementar nº 104/01, que trouxe alterações ao texto do citado artigo 198 do CTN.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior conseguiram sintetizar com propriedade a amplitude conceitual e a proteção à garantia ambicionada pelo legislador ao estabelecer dois conceitos distintos: o primeiro, de privacidade, como aquele decorrente das relações que o cidadão tem com outros indivíduos – dentro da estrutura familiar, por exemplo –, e que devem permanecer ocultas à sociedade geral. A segunda, de intimidade, que pode ser entendida como um espaço impenetrável do “eu” do cidadão.²

² Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007. p 134.

2.1 A Administração Pública e o Direito-Dever de Fiscalizar

A Administração Pública tem, dentre suas funções precípua o direito-dever de fiscalizar cidadãos e, por conseguinte, daqueles que em decorrência de ações e atos sociais se condicionam como contribuintes tributários. Diz-se direito porque a Administração, da forma como prevista pelo ordenamento constituinte, é investida no poder de instituir, arrecadar e fiscalizar os tributos que irão suprir as necessidades financeiras para sua manutenção e pleno funcionamento. O dever decorre da obrigação que a Administração Pública tem de, como representante de toda a sociedade, criar mecanismos que possibilitem a plena aplicação e vigência do ordenamento jurídico. O dileto mestre De Plácido e Silva³, com a propriedade e clareza que sempre lhe foram peculiares, assim definiu a Administração Pública:

Num sentido amplo, *Administração Pública* pode ser compreendida como uma das manifestações do *poder público* na gestão ou execução de atos ou de negócios políticos.

Assim se confunde com a própria função política do poder público, expressando um sentido de governo. (...) Em conceito estrito, administração pública, sem divergir do sentido equivalente em administração privada, significa a simples direção ou gestão de negócios ou serviços públicos, realizados por todos os seus departamentos ou institutos especializados, com a finalidade de prover as necessidades de ordem geral ou coletiva.

No mesmo sentido, o preclaro Celso Antônio Bandeira de Melo⁴ relembra que o administrador está exercendo uma “função administrativa”, usufruindo um poder conferido pela lei não em proveito próprio, ou de um determinado grupo do qual faça parte, mas com a finalidade de satisfazer as necessidades da coletividade, na consecução pelo bem-estar tão almejado pela Carta Magna de 1988.

Desta feita, todo o aparato estatal, como bem observado por Ricardo Cunha Chimenti, as pessoas jurídicas de direito público interno e representadas por administradores, será responsável pela estruturação social necessária à execução das funções, deveres e obrigações previstas pelo texto constitucional ao Estado.⁵ Em suma, fazendo uso das palavras deste doutrinador:

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Glúcia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. P. 67.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha, *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Administrar sugere gerir, realizar gestão de bem ou interesse que não pertence ao que realiza tal atividade. Assim, a gestão de interesses do Estado realizada por entidades integrantes da Administração tem caráter vinculado, meramente instrumental. Portanto, pode-se compreender a Administração Pública sob duplice aspecto: a) *subjetivo*: conjunto de entidades, órgãos e agentes dispostos à execução da função administrativa; e b) *objetivo*: administrar, gerir ou zelar os interesses da coletividade.

A respeito das informações necessárias ao Fisco para o pleno exercício de sua atividade de fiscalização, o mestre José Eduardo Soares de Melo lembra que a legislação de regência do tributo tratado prevê as especificidades de como serão realizadas as remessas de informações do contribuinte à Administração Tributária. As obrigações acessórias, definidas por ele como a *“atribuição de deveres aos administrados (contribuintes, responsáveis), relativos à emissão de notas fiscais, escrituração de livros, prestações de informações, não causar embaraço à fiscalização, com o objetivo fundamental de serem registrados e documentados fatos que tenham, ou possam ter, implicação tributária”*.

A Administração Tributária depende, portanto, a priori, que o Contribuinte e devedor, ao ocorrer o fato gerador da obrigação tributária, atenda todos os requisitos previstos em lei – emissão de documento fiscal para acobertar a regular saída da mercadoria, escrituração no livro competente da operação realizada e posterior lançamento em documento utilizado para informar ao Fisco sua ocorrência, como, por exemplo, ocorre em síntese com o ICMS – para que o fato seja convertido em linguagem competente e possa, por fim, atender ao objetivo da norma.⁶

Temos, portanto, que à Administração Pública, através de sua Administração Tributária, cabe as funções de, principalmente, instituir tributos, arrecadá-los e fiscalizar o cumprimento da legislação tributária. Através de seus diversos órgãos, caberá ao Estado gerir a aplicação dos recursos provenientes de tal arrecadação no interesse social, refletido no texto constitucional, de busca pelo bem-estar social, executando as funções precípua ao Estado.

⁶ Paulo de Barros Carvalho desenvolveu e tratou com propriedade a conversão do fato social em linguagem competente: *“(...) a ‘linguagem do direito positivo’, como discurso prescritivo de condutas, vai suscitar aquele plano que tratamos como sendo ‘facticidade jurídica’: fatos fatos jurídicos não são simplesmente fatos do mundo social, constituídos pela linguagem de que nos servimos no dia a dia. (...). Quem quiser tratar com precisão os fatos jurídicos, nomeando-lhes os efeitos, que use a teoria das provas, responsável pelo estilo competente para referência aos acontecimentos do mundo do direito.”* (in Curso de Direito Tributário. 15ª ed. Saraiva, São Paulo, 2003. p. 358)

3. As Leis Complementares 104 e 105 como Instrumentos Fomentadores à Violação do Sigilo

Aos 10 de janeiro de 2001 a Lei Complementar nº 104 foi publicada e promoveu alterações no artigo 198 do CTN. Segue, então a antiga redação e a nova redação antes de serem analisadas as mudanças implementadas:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Parágrafo único. **Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.**

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." (NR)

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

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.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, **será realizado mediante processo regularmente instaurado**, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º **Não é vedada a divulgação de informações** relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

(grifos nossos)

Percebe-se com clareza solar que a as únicas hipóteses de violação do sigilo dos contribuintes estava prevista no artigo 199 do CTN, que concedia às Fazendas Públicas da União, Estado e Município a possibilidade de permuta de informações no interesse da fiscalização, enquanto que a nova redação trazida pela LC nº 104/01 acrescentou ao artigo três novos parágrafos que tratam de novas hipóteses para quebra do sigilo de contribuintes.

No trecho acima citado é destacado o inciso II do parágrafo 1º que confere à autoridade administrativa, no interesse da Administração Pública, requisitar informações a respeito de sujeitos passivos – contribuintes – que estejam sob investigação em procedimento administrativo regularmente instaurado para tanto.

No mesmo dia, também aos 10 de janeiro de 2001, foi publicada a lei Complementar nº 105 que, sustentada pelas alterações trazidas na LC nº 104/01, trata do sigilo das operações realizadas por instituições financeiras e trouxe em seu artigo 6º o ponto de maior polêmica e discussão judicial e doutrinária, como segue o seu conteúdo:

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

Mais uma vez, assim como na nova redação do artigo 198 do CTN, foi concedida à autoridade da Administração Pública, por intermédio de seus agentes, o acesso às informações sigilosas dos contribuintes detidas por instituições financeiras, quando houver procedimento administrativo instaurado e tais exames sejam indispensáveis.

Nota-se que, além da instauração do procedimento administrativo, a autoridade da Administração Pública, responsável pelo encaminhamento da requisição de informações à instituição financeira, deve analisar a real necessidade da violação do sigilo, bem como se a quebra de garantia fundamental constitucional é realmente necessária para instrução do procedimento administrativo e se não há outros meios de comprovação de conduta infracional, por exemplo.

É notória a ampliação da possibilidade de quebra do sigilo do contribuinte que, sem as Leis Complementares 104 e 105 de 10/01/2001, somente poderiam ser violados por decisão do Poder Judiciário ou a requerimento de Comissão Parlamentar de Inquérito.

Fato é que a previsão do artigo 6º da LC 105/01 representa tamanho avanço e resulta em acesso a tão sigilosos dados que tal artigo foi objeto de regulamentação específica pelo Decreto nº 3.724, também publicado aos 10 de janeiro de 2001, que tratou dos procedimentos para requisitar o acesso e uso pela Secretaria da Receita Federal do Brasil de informações recebidas de instituições financeiras.

Outro ponto de fundamental destaque está inserido no artigo 13 da LC nº 105, qual seja, a revogação expressa do artigo 38 da Lei nº 4.595/64⁷, que obrigava as instituições financeiras a fornecerem informações de seus clientes somente quando houvesse decisão judicial que assim determinasse⁸. Assim, a Administração Tributária, mesmo quando em investigação no curso de procedimento administrativo, era compelida a buscar no Poder Judiciário a ordem judicial que lhe possibilitasse ter acesso às movimentações realizadas por contribuintes em instituições financeiras.

Tal previsão, até então válida, eficaz e recepcionada pela Constituição de 1988 – como foi visto, a norma também previa como única hipótese de quebra do sigilo através de decisão judicial – era o último obstáculo para a relativização pretendida pela Administração Tributária através das Leis Complementares.

⁷ O artigo 13 da referida Lei Complementar trouxe o seguinte conteúdo: “Revoga-se o art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”

⁸ A possibilidade de violação do sigilo bancário e financeiro estava condicionado a decisão judicial que concedesse tal tutela. Assim previa o revogado artigo:

“Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Não se trata de coincidência. As leis complementares viabilizaram a minuciosa alteração da legislação de regência – ressalte-se que o Código Tributário Nacional foi recebido com status de Lei Complementar – e, assim, tornaram possível nova possibilidade de violação do sigilo de contribuintes com a simples instauração de procedimento administrativo, sem a necessidade de ordem judicial para tanto, o que dificultava e atrasava o andamento das investigações e instrução de processos que apuram infrações cometidas e que se mantinham obscuras por estarem protegidas sob a égide do sigilo constitucionalmente assegurado.

A alteração do artigo 198, com o acréscimo de seus parágrafos com hipóteses de exceção à regra de sigilo através da LC nº 104, possibilitou a edição da LC nº 105 que, por seu turno, regulamentou o sigilo decorrente de operações realizadas com instituições financeiras.

A publicação das Leis Complementares, bem como do Decreto nº 3.724, mostraram a nova faceta da Administração Tributária: muito mais voltada à fiscalização ostensiva de contribuintes com a obtenção de informações sigilosas para a lavratura e instrução de autos de infração. No mesmo sentido, seguindo o exemplo da União, o Estado de São Paulo tomou as medidas necessárias para regulamentar a inovação veiculada nas Leis Complementares no Regulamento do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

4. As Alterações na Legislação de Regência do ICMS Promovidas pelo Estado de São Paulo: ações preparatórias para a *Operação Cartão Vermelho*

O Estado de São Paulo, inspirado pelas alterações trazidas pela Lei Complementar nº 105/01, bem como pelo exemplo dado pela Administração Tributária da União no Decreto nº 3.724/01 e que conferiu maiores poderes à Secretaria da Receita Federal, também promoveu significativas mudanças na legislação de regência do ICMS no âmbito de sua competência.

O Regulamento do ICMS no estado de São Paulo, aprovado através do Decreto nº 45.490/00 que regulamenta o imposto de competência bandeirante, sofreu a primeira alteração significativa fundada na LC nº 105/01 somente em 2006, quando aos 06 de março foi publicada a lei nº 12.294 que inseriu dois novos incisos ao artigo 75 da Lei nº 6.374/89, que instituiu o ICMS no estado de São Paulo. Dispositivo este repetido pelo Decreto nº 45.490/00, que regulamenta tal lei.

Seguem o conteúdo do dispositivo introduzido pela Lei 12.294/06 e as alterações na legislação de regência do ICMS:

Lei nº 12.294/06:

Artigo 2º - Ficam acrescentados, com a redação que se segue, os dispositivos adiante indicados à Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989.

I - ao inciso VII do artigo 9º, a alínea "d":

"d) a entrega ou remessa de mercadoria ou bem originários do exterior com destino a estabelecimento ou pessoa diversos daqueles que a tenham importado, arrematado ou adquirido em licitação promovida pelo Poder Público." (NR);

II - ao artigo 75, os incisos X e XI:

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

XI - as empresas de informática que desenvolvem programas aplicativos para usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF." (NR);

Lei nº 6.374/89:

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 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);
(...)

Decreto nº 45.490/00:

Artigo 494 - Não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exhibir impressos, documentos, livros, programas e arquivos magnéticos relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo fisco (Lei 6.374/89, art. 75):

(...)

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);

(...)

O artigo 494 do RICMS/00 – Regulamento do ICMS no estado de São Paulo, que repete o artigo 75 da Lei nº 6.374/89, responsável por instituir o imposto estadual e que sofreu a alteração trazida pela Lei nº 12.294/06, ampliou o rol daqueles que não podem embaraçar a ação de fiscalização da Administração Tributária através de seus agentes.

O citado dispositivo traz o rol daqueles que, quando notificados, devem prestar informações relativas a terceiros – contribuintes do ICMS – de quem guardam informações, sigilosas ou não, sob pena de obstrução à fiscalização e sujeito à penalidade em decorrência de tal óbice.

A inclusão das operadoras de cartões de crédito no inciso X acima citado trouxe a previsão necessária que faltava no ordenamento para que as empresas tivessem a obrigação de fornecer as informações relativas a seus clientes. As notificações seriam então encaminhadas e, dentro do prazo, nela determinado as operadoras estavam compelidas a violar o sigilo de seus contratantes e fornecer ao Fisco bandeirante as informações requisitadas.

Nota-se pela simples leitura do dispositivo que não há qualquer menção relativa à necessidade de haver prévio procedimento administrativo instaurado, também não se tem qualquer previsão que faculte à operadora de cartão de crédito de exigir que o Fisco justifique a violação do sigilo. Ao contrário das previsões trazidas no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01, bem como no Decreto que o regulamento no âmbito da Secretaria da Receita Federal, ambos já anteriormente analisados, nota-se que há a expressa e clara necessidade de prévio procedimento administrativo instaurado para que seja violada a garantia constitucional ao sigilo.

Quando se tratar de fiscalização empreendida pela União, o Contribuinte tem a segurança legal de que seu sigilo somente será violado após a instauração de processo administrativo, isto é, já terá sido regularmente notificado, ou, conforme previsão do artigo 6º da LC nº 105/01, se houver “(...) *procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente*”.

A mesma segurança não é vivida pelo cidadão quando se tratar de fiscalização empreendida pela Administração Tributária paulista para apuração de eventual fraude por inobservância à legislação de regência do ICMS. Não há necessidade de procedimento administrativo instaurado e as informações podem ser requisitadas, independentemente da notificação do contribuinte, sem que se saiba também o real tratamento dado a tais informações, quem é o responsável pelo seu arquivamento ou ainda inutilização em caso de não restar apurada qualquer irregularidade.

Não se questiona neste trabalho a competência da Administração Tributária para exercer a fiscalização, muito menos a constitucionalidade das já tratadas Leis Complementares, mas sim a forma como se dá a violação de uma garantia constitucional, sua relativização e a pouca relevância dada à hipótese pela legislação bandeirante.

Foi, assim, alicerçada nas alterações implementadas na legislação do ICMS, que a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo concebeu, desenvolveu, operacionalizou e pôs em prática a *Operação Cartão Vermelho*. Fundada nas informações obtidas de operadoras de cartões de crédito, o Fisco violou o sigilo de centenas de milhares de contribuintes, sem regular notificação de instauração de procedimento administrativo, processando tais informações em seu sistema de dados.

5. Operação Cartão Vermelho e a decisiva Violação da garantia constitucional ao Sigilo de Dados.

Como foi visto anteriormente, após a relativização ao sigilo dos contribuintes possibilitada pela edição e publicação das Leis Complementares 104/01 e 105/01, que trouxeram inovações, primeiramente, ao Código Tributário Nacional e, posteriormente, a possibilidade de acesso às informações fiscais das empresas, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 12.294/06. O texto determinou a obrigação das administradoras de cartões de crédito a apresentarem aos agentes da Secretaria de Estado da Fazenda, incumbidos da fiscalização, informações relativas às operações realizadas pelos contribuintes paulistas.

O alinhamento da legislação paulista com a possibilidade de relativização demorou relativamente algum tempo até ser finalmente regularizada e tratada por lei. O período de quase cinco anos entre as publicações das Leis Complementares e da Lei Estadual a respeito de hipótese da relativização do sigilo de contribuinte sofreu influência em decorrência do ardoroso debate que já havia se instalado a respeito do tema. A hipótese que pretendia o Estado de São Paulo tratar em sua lei estadual não divergia sobremaneira da forma que havia sido dada na legislação pertinente para tributos de competência da União, sob a tutela e salvaguarda da Receita Federal do Brasil.

A Secretaria da Fazenda fundada, portanto, previsão na legislação geral do Código Tributário Nacional que possibilitava a relativização do sigilo dos contribuintes, ganhou ainda mais poder de fiscalização com as inovações promovidas na legislação estadual. O Fisco passa a dispor de ferramentas demasiadamente poderosas para fiscalizar as operações realizadas pelos estabelecimentos suspeitos, obtendo informações de terceiros, em decorrência de previsão legal que os compelia a tanto, antes mesmo de os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária tivessem qualquer certeza a respeito das informações que eram transmitidas à fiscalização.

Mensalmente, a partir de março de 2006, as operadoras de cartão de crédito foram notificadas pela Administração Tributária e tornaram-se compelidas a encaminhar à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo informações relativas

às operações realizadas pelos estabelecimentos credenciados e autorizados a operar com cartões de crédito. A Fazenda Pública estadual montou uma grande operação e estrutura para receber e processar as informações das operadoras de cartões de crédito e cruzá-las com as informações enviadas pelos contribuintes.

As informações dos contribuintes eram obtidas através das GIA's (Guias de Informação e Apuração do ICMS), ou das Declarações Simplificadas (DS's), obrigação acessória do Contribuinte, decorrente de previsão legal. O ICMS, imposto por homologação que é, depende das informações enviadas pelos Contribuintes para que o Estado homologue, ou não, em tempo hábil, aqueles valores e lançamentos efetuados pelos sujeitos passivos.

A este procedimento de fiscalização foi dado o sugestivo nome de *Operação Cartão Vermelho*, desencadeada oficialmente a partir de 25 de setembro de 2007, com notificações encaminhadas aos contribuintes informando que os dados registrados em seus livros fiscais e GIA's seriam cruzados com as informações que já vinham sendo enviadas ao Fisco pelas Operadoras.

Na mesma data foi lançado pelo Fisco bandeirante um Programa de Parcelamento Incentivado do ICMS (PPI do ICMS) voltado às empresas que fossem flagradas em irregularidades relacionadas às operações, ou em outros débitos do imposto, com fato gerador ocorrido até 31 de dezembro de 2006.⁹

A estrutura montada para a Operação Cartão Vermelho seria capaz de fiscalizar mais de 220.500 estabelecimentos em todo o Estado com a mobilização de técnicos para cruzamento das informações, além de fiscais que percorreriam os estabelecimentos apontados pelas primeiras averiguações como aqueles que apresentaram maior divergência entre as informações cruzadas.

⁹ Por meio do seu sítio eletrônico a Secretaria de Estado da Fazenda divulgou as diretrizes que seriam adotadas pelos agentes da administração tributária responsáveis pela *Operação Cartão Vermelho* e divulgou a hipótese de adesão ao PPI do ICMS para aqueles contribuintes que declarassem o débito voluntariamente, ou aqueles que já haviam sido fiscalizados, com a concessão de benefícios como a redução das penalidades de multa aplicáveis e das alíquotas das taxas de juros de correção dos valores exigidos.

Aplicando a tática do medo, a SEFAZ/SP conseguiu expressiva adesão dos contribuintes ao PPI, pois, até onde se sabia, não se tinha noção até que ponto as fiscalizações seriam implementadas e quais os períodos seriam passíveis de possível lavratura de Auto de Infração e Imposição de Multa – AIIM.

As informações estão disponíveis em <http://www.fazenda.sp.gov.br/publicacao/noticia.aspx?id=567> (acessado em 20 de março de 2013, matéria intitulada *Fisco Paulista Identifica Índícios de Sonegação Fiscal de R\$ 1,5 bi*).

Somente no mês de setembro de 2007 foram 400 notificações encaminhadas e no mês seguinte, em outubro, quando foi deflagrada a segunda etapa da operação, mais 450 estabelecimentos receberam notificações em todo o Estado de São Paulo.

A Secretaria da Fazenda divulgou notícias em seu sítio eletrônico a respeito da Operação e dos resultados obtidos. Constatções e irregularidades que foram apuradas graças à Operação Cartão Vermelho como, por exemplo, estabelecimentos que declaravam em suas GIA's operações correspondentes a um quarto daquilo efetivamente realizado, outros que sequer emitiam documentação fiscal, ou de outros que não declaram absolutamente nada a respeito das operações de venda realizadas mesmo tendo recebido considerável repasse das operadoras de cartões.

Os procedimentos de fiscalização já eram iniciados, portanto, quando o Fisco recebia das operadoras as informações relacionadas aos contribuintes. Depois de constatada possível irregularidade, quando a informação das operadoras era confrontada com as GIA's entregues, é que eram emitidas as Ordens de Fiscalização para determinado contribuinte, que só então estava obrigado a apresentar seus documentos ao agente responsável pelo procedimento. Não obstante, aquele procedimento inaugurado pela OVF era meramente pró-forma, a infração já havia sido apurada à revelia do Contribuinte, com a relativização do seu sigilo, sem que tivesse conhecimento de tanto.

5.1 A Lavratura de Autos de Infração e Imposição de Multa e o Reflexo na Arrecadação do Estado.

Como consequência da Operação, a Administração Tributária, por meio de seus agentes fiscalizadores, lavrou centenas de Autos de Infração¹⁰ glosando o ICMS não recolhido nas operações de cartões de crédito feitas pelo estabelecimento, segundo informações obtidas junto às operadoras. Os Autos, instruídos com as listagens das maiores e mais utilizadas operadoras de cartões de

¹⁰ A Secretaria de Estado da Fazenda não disponibilizou informações precisas a respeito dos AIIM's lavrados, seus resultados, ou mesmo o quanto deles resultou em efetivo recolhimento aos cofres públicos. Os dados obtidos são aproximados e foram extraídos do sítio eletrônico da SEFAZ/SP, disponível em <http://www.fazenda.sp.gov.br/PUBLICACAO/noticia.aspx?id=633> (acesso em 20/03/2013, matéria intitulada *Balanço 2007 do Governo de SP mostra melhora nos indicadores*).

crédito e débito, eram disponibilizados nos Postos Fiscais da circunscrição de cada contribuinte autuado para apresentação de Defesa e, em quase na totalidade dos casos, para interposição de Recurso Ordinário endereçado ao Tribunal de Impostos e Taxas¹¹ em razão do indeferimento do pleito em 1ª instância administrativa.

Isto porque as autuações por decorrerem de apuração fundada no confronto de informações – aquelas enviadas pelas operadas e aquelas descritas nas GIA's – já conferia suficiente materialidade para exigência da diferença do ICMS não recolhido aos cofres públicos. O farto conjunto probatório revestia-se de ainda maior convicção em razão da fonte das informações que instruíram os Autos de Infração.

O combate às autuações feito na esfera do contencioso administrativo estadual, em sua grande maioria, limitava-se ao procedimento adotado e à possibilidade, ou não, de violação do sigilo com o aceso da Administração Tributária às operações de venda de mercadorias a consumidor final – fato gerador do ICMS –, antes de ser o Contribuinte efetivamente notificado e, por conseguinte, em momento prévio à efetiva instauração do procedimento administrativo de fiscalização.

5.2 A Fiscalização e os Resultados na Arrecadação

Afastada por um momento a discussão a respeito do procedimento adotado pela Administração Tributária, a Operação Cartão Vermelho trouxe à tona, ao menos uma parte, dos Contribuintes fraudadores. O resultado da fiscalização efetiva destes estabelecimentos foi mais facilmente perceptível quando o Governo de Estado declarou ter alcançado as metas estipuladas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, obtendo resultados positivos quando comparadas às receitas e despesas do Governo. O Relatório da Secretaria de Estado da Fazenda foi claro ao apontar a Operação Cartão Vermelho e o PPI como umas das razões para o aumento na arrecadação:

¹¹ O Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo é o órgão criado por lei para processar e julgar administrativamente as autuações de exigência de impostos e taxas de competência do Estado. A Lei Estadual nº 13.457/09 "*Dispõe sobre o processo administrativo tributário decorrente de lançamento de ofício, e dá outras providências*" e trata também sobre o Tribunal de Impostos e Taxas.

Para ampliação das receitas tributárias foram implantadas medidas como o Programa de Parcelamento Incentivado (PPI) dos débitos do ICMS, cujo montante total em 2007, entre pagamentos à vista e parcelamentos foi de R\$ 6,1 bilhões de recursos. A instituição da Nota Fiscal Paulista (NFP), desde 1º de outubro para setores de restaurantes, padarias, bares, veículos, presentes, sendo que até maio de 2008 pretende-se alcançar 750 mil empresas comerciais varejistas, o que estimula a exigência do cupom fiscal por parte do consumidor ao contribuinte também contribuiu para o aumento da arrecadação.

(...)

Por último, implementou-se uma série de operações de combate à fraude e sonegação como a “Operação de Olho na Bomba”, com 210 postos de combustíveis cassados em 2007; **“Operação Cartão Vermelho”, por meio do cruzamento de informações fiscais com recebíveis de cartão de crédito foram notificadas mais de 93 mil empresas**; “Operação Rosa Negra” e “Operação do Olho na Placa”, combatendo a fraude no domicílio do IPVA e uma sonegação estimada de até R\$ 1 bilhão.¹²

Consequentemente, com os resultados significantes obtidos, a Operação adquiriu um caráter de importância no equilíbrio das contas públicas e no aumento da arrecadação tributária. Alia-se, portanto, aos resultados o interesse político decorrente do reflexo nas contas públicas. O empenho da Administração Tributária em cercar as válvulas de fraudes acessíveis ao Contribuinte decorre do seu direito e dever de fiscalizar.

Os resultados alcançados com a Operação Cartão Vermelho foram objeto de destaque no *Balanço Geral* elaborado pela Secretaria de Estado da Fazenda, vejamos:

Em 2007, a receita tributária atingiu R\$ 71.539 milhões. Quando comparada com a arrecadação de R\$ 63.420 milhões em 2006, a receita tributária de 2007 apresentou expansão nominal de 12,8% com contribuição positiva de todos os componentes tributários. Em termos reais, quando deflacionada a arrecadação pelo IPCA/IBGE e pelo IGP-DI/FGV, a expansão foi de 8,8% e de 7,4%, respectivamente.

(...)

¹² Os dados foram divulgados no “*Balanço Geral do Estado – Contas do Exercício de 2007*”, apresentado pela Secretária do Estado da Fazenda e trata da arrecadação e das despesas do Governo do Estado no exercício. O Relatório tem de ser aprovado pela Assembleia Legislativa, como de fato foi, além do Tribunal de Contas do Estado. O Balanço completo, com conteúdo de 1.325 laudas, está disponível na rede mundial de computadores, no sítio eletrônico da Assembleia estadual, em http://www.al.sp.gov.br/web/portal/home/arquivos/BALANCO_2007.pdf, acessado em 20/03/2013.

O mesmo Balanço também define, em breves linhas, a Operação Cartão Vermelho e as ações dela decorrentes:

“Operação ‘Cartão Vermelho’ - consistiu no cruzamento de informações relativas dos 220.524 estabelecimentos varejistas do Estado de SP. Objetivou apurar a diferença de levantamento do registro de vendas, em total inferior ao das operações efetuadas com cartões. A segunda fase da operação desencadeou-se em 10/2007 e foram notificados 448 estabelecimentos.”

A arrecadação do ICMS apresentou aumento de R\$ 6.520 milhões (11,8%) com relação à 2006. Ela representa quase 90% da receita tributária, totalizando R\$ 46.159 milhões, desconsiderados a quota-parte dos municípios. O movimento do ICMS e de seus principais segmentos são analisados a seguir. Nesta análise setorial, deve ser observado que valores arrecadados no PEP (Programa Especial de Parcelamento) foram desconsiderados:

(...)

4.2) O setor de Comércio e Serviços, que representa 25,5% do total, cresceu 11,2%, principalmente em função da continuidade na elevação da renda e da expansão do crédito. O volume de vendas do comércio varejista para Região Metropolitana de São Paulo em 2007 apresentou crescimento de 12,6%, divulgado pelo IBGE.

As políticas públicas de fiscalização adotadas pelo Governo resultaram rapidamente em aumento da arrecadação do Estado, o que significa, necessariamente, verba pública para cobrir os gastos e custeios do aparato estatal. O Estado de São Paulo ocupa o posto de maior arrecadador, e também de maior devedor da federação, o centro comercial do país somente após a implementação e estruturação da Operação Cartão Vermelho é que passa a dispor de ferramentas e fundamentos legais – inicialmente válidos, posto que publicados e exigíveis por estar fundado em Lei Complementar – para fiscalizar as operações de venda dos estabelecimentos sujeitos à legislação do ICMS bandeirante.

As metas orçamentárias alcançadas, celebradas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, refletem pequena parcela de imposto devido e efetivamente não integrado aos cofres públicos pelos contribuintes paulistas.

Parte da justificativa empresarial para as práticas evasivas combatidas pelo Fisco através da Operação está pautada nas pesadas e onerosas cargas tributárias que sobre eles recaem, mas a legislação é plenamente aplicável, haja vista não ter sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Então, aplicar a Lei Estadual, por meio da *Operação Cartão Vermelho*, se mostrou mecanismo extremamente eficaz de recuperação de crédito tributário devido, pela ocorrência de fato gerador do imposto sem que tenha sido este acontecimento relatado ao Fisco paulista por meio de linguagem competente para tanto, qual seja, a Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA).

A lavratura do Auto de Infração e notificação da lavratura ao Contribuinte, por si só, não geram necessariamente o recolhimento do imposto supostamente devido aos cofres públicos. Porém, graças à concessão do PPI, ao mesmo tempo em que

foi deflagrada a Operação, a Administração Tributária conseguiu ampliar rapidamente os resultados da arrecadação. A ação conjunta adquiriu um caráter eminentemente compensatório ou, ao menos, optativo para aquele contribuinte que, quando notificado, sabendo da possibilidade de autuação e dos custos que esta autuação pode gerar (aplicação da penalidade de multa, juros de correção, além da possível contratação de patrono para defesa em um procedimento administrativo), preferiram muitos aderir ao PPI e aos benefícios de redução que concedeu.

Não existem números específicos divulgados pela Secretaria de Estado da Fazenda acerca dos valores efetivamente recebidos das mais de 1.200 notificações emitidas em um primeiro momento da Operação, somente o reflexo dela e do PPI na arrecadação efetiva como foi descrito no Balanço Geral.

Os valores gastos pela SEFAZ/SP para implementação, estruturação e qualificação perdurarão por um longo período. Ainda refletirão em outros procedimentos de fiscalização e resultarão em lavraturas de mais Autos de Infração contra Contribuintes que sonegaram o ICMS oriundo das operações de venda realizadas com cartões de crédito em seus estabelecimentos, sem que tenham sido efetivamente escrituradas, registradas e comunicadas ao Fisco por meio das GIA's.

Porém, a Operação, vista pelos olhos dos fiscalizados, estaria eivada de nulidades desde o seu nascedouro, haja vista a nítida fundamentação da disposição da Lei Estadual nº 12.294/06 nas discutíveis premissas trazidas à validade no ordenamento jurídico quando da edição e publicação das Leis Complementares 104/01 e 105/01. Os principais questionamentos envolvem o sigilo das operações financeiras e bancárias dos contribuintes e irrestrito e indeterminadamente amplo acesso do Estado às informações que deveriam estar acobertadas pelo manto do sigilo constitucional.

5.3 Inobservância à Lei Complementar nº 105/2001

Importante que se anote desde o princípio que o Estado tem o direito-dever de fiscalizar, arrecadar e usar de meios legais para a consecução de tal finalidade. Era, de fato, necessária a melhor estruturação do aparato de fiscalização, como se mostraram as medidas adotadas pela Administração Tributária para receptionar,

processar e analisar a imensa quantidade de informações recebidas de duas fontes principais que precisaram se alinhar para que se obtivesse o resultado esperado, qual seja, apuração de cometimento de infração pelo não pagamento do ICMS.

Porém, a fundamentação legal adotada pelo Estado de São Paulo para a realização dos procedimentos de fiscalização é, no mínimo, duvidosa a respeito de sua constitucionalidade.

A notificação às operadoras de cartões de crédito para o envio de informações digitais contendo listagem das operações realizadas por dado contribuinte infringem de maneira afrontosa a Lei Complementar em que estaria pautada para tanto. A Lei Complementar foi clara a respeito da possibilidade de acesso às informações sigilosas desde que iniciado o procedimento de fiscalização, isto é, desde que tenha sido notificado o contribuinte alvo a respeito da quebra do sigilo, as informações que seriam utilizadas, o foco da apuração e o efetivo início das ações.

Dever-se-ia conceder a possibilidade do contraditório com a apresentação de provas que entendessem o fiscalizado lhe socorrer antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, por também ser pilar constitucional de garantia fundamental do cidadão.

A legislação paulista, posicionada hierarquicamente em patamar inferior à Lei Complementar nº 105/2001, não poderia, portanto, dispor de modo diverso a esta, mas assim o fez. Proceder em afronta à legislação de regência, ainda mais quando esta lei já causava demasiada polêmica no mundo jurídico, gerou controvérsia entre contribuintes e advogados militantes.

O artigo 38 da Lei 4.595/64¹³, que, como já tratado, foi revogado pelo artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, e que conferiu a possibilidade de violação do sigilo fiscal em procedimento administrativo instaurado para fiscalização a requerimento do agente responsável, fundado em elementos suficientes para que se

¹³ A Lei 4.595/64 previa expressamente a obrigação de autorização judicial para a violação do sigilo do contribuinte. O fornecimento das informações solicitadas às instituições financeiras somente eram concedidas no curso do processo judicial que tratava da quebra do sigilo. A intenção era, como já dito no capítulo pertinente ao Sigilo neste trabalho, resguardar o direito à privacidade, intimidade e sigilo de dados, conferindo ao contribuinte a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa, com a completa ciência de quais informações seriam repassadas à fiscalização e em que momento isso se daria.

justifique a violação do sigilo.¹⁴ Notoriamente, sob qualquer perspectiva inicial de análise, já se tem uma dúvida a respeito da real adequação entre a legislação paulista e a Lei Complementar que supostamente deveria fundar de validade a primeira.

Não obstante, em que pese a previsão clara a respeito da possibilidade de violação do sigilo – quando instaurado o procedimento de fiscalização –, a legislação Paulista tratou tal possibilidade de forma diversa e concedeu ao Fisco bandeirante a possibilidade, qual seja, repise-se, de ter acesso à informações decorrentes de operações realizadas pelos estabelecimentos comerciais dos contribuintes sujeitos ao Regulamento do ICMS (Decreto-Lei estadual nº 45.490/00), por meio de simples notificação às operadoras, sem que tenha sido instaurado procedimento administrativo de fiscalização com tal finalidade. Não há qualquer absurdo em afirmar que as investigações teriam um fundamento inicial de apuração em mero indício a respeito de sua possível ocorrência.

O procedimento da *Operação Cartão Vermelho*, de maneira simplificada, poderia ser descrito, portanto, da seguinte forma: Secretaria da Fazenda preparou técnicos dentre os Agentes Fiscais de Renda e organizou a estrutura tecnológica para recebimento e processamento de informações. A partir de então, fundada em legislação estadual manifestamente contrária à legislação de regência, emitiu uma série de notificações às operadoras de cartões de crédito que enviaram informações de milhares de contribuintes paulistas. As informações recebidas foram confrontadas pelo sistema desenvolvido pela Secretaria com as informações que eram enviadas através das GIA's para homologação do ICMS lançado pelo Contribuinte fiscalizado.

Constatadas, então, eventuais e supostas irregularidades, é que os contribuintes eram notificados e apresentar livros e documentos fiscais. Estava instaurado, somente neste momento, o procedimento de fiscalização com a emissão da OVF – Ordem de Verificação Fiscal, devidamente instruída com informações

¹⁴ O artigo 6º da Lei complementar nº 105/2001 conferiu de fato a possibilidade de violação do sigilo sem a necessidade de processo judicial e concessão de autorização para tanto. Não obstante previu a necessidade de existência de procedimento administrativo em curso e sólida argumentação para que fosse feita a violação da garantia constitucional. Apenas para que fixe-se a literalidade do dispositivo o citaremos novamente o caput do mencionado artigo:

“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.**”

sobre o que seria objeto da fiscalização e o agente responsável pelo recebimento das informações e documentos em nome do Fisco. Para muitos, uma manifesta afronta ao que determina o artigo 6º da LC nº 105/01 que, por sua vez, também já era objeto de calorosa discussão nos tribunais do Poder Judiciário.

6. A Convalidação de Ato Administrativo Ilegal

Foi demonstrado que a Administração Tributária bandeirante, através da Operação Cartão Vermelho, ao recepcionar documentos recebidos das operadoras de cartão de crédito sem a prévia instauração de procedimento administrativo, viola garantia constitucional e pratica ato ilegal, em afronta à previsão trazida LC nº 105/01.

A notificação do contribuinte, após a obtenção das informações sigilosas, e, posteriormente, a lavratura do auto de infração são atos posteriores que tentam convalidar o ato ilegal anteriormente praticado.

A respeito do instituto da convalidação, importante trazer a definição de Zancaner¹⁵ que entende o ato da convalidação como um ato exarado pela Administração com único objetivo de sanear os vícios e nulidades de atos anteriormente praticados, suprir suas vicissitudes e trazê-los ao mundo jurídico com investidura de validade e legalidade.

Na hipótese defendida neste trabalho não se discute um ato administrativo de menor relevância, mas a violação de garantia constitucional do contribuinte. Diante da complexidade deste, não deve ser aplicado o instituto da *convalidação de ato administrativo* previsto no artigo 55 da lei nº 9.784/99¹⁶: “*em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria administração*”. Diferentemente do que pretendem alguns defensores da teoria, a *convalidação* somente pode ser aplicada a atos da Administração que resultem em violação a garantia constitucional.

Merece destaque o fato do legislador trazer o verbo condicionante – “*poderão ser*” – a respeito da convalidação, isto é, outros critérios deverão ser observados para que seja admitido. A violação do sigilo mostra-se ato demasiadamente violento à Carta Magna para que possa eventualmente ser convalidado por ato posterior da

¹⁵ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Obtido em: <http://jus.com.br/revista/texto/8295/atos-administrativos-e-sua-convalidacao-face-aos-principios-constitucionais/2#ixzz2OIPJLyUu> – acesso em 20/03/2013.

¹⁶ A Lei nº 9.784/99 regulamenta o processo administrativo federal

Administração: a notificação ao contribuinte, haja vista a afronta do ato praticado pela Administração Tributária à legislação de regência.

Admitir que a notificação ao contribuinte, após a violação do sigilo, seja admitida como espécie de convalidação do equivocado e ilegal procedimento adotado pela Administração tributária parece, ao menos, precipitado. Não restam atendidos requisitos mínimos para que seja admitida a sua possível aplicação.

7. Conclusão

A Constituição de 1988 concedeu ao sigilo de dados o status de direito e garantia fundamental, prevista nos incisos X e XII do artigo 5º, e delimita mais adiante – em seu artigo 52 – a possibilidade de sua violação somente através de ordem judicial ou a requerimento de Comissão Parlamentar de inquérito.

As leis Complementares 104 e 105, ambas publicadas aos 10 de janeiro de 2001, criaram o cenário para o estabelecimento de nova possibilidade de violação do sigilo bancário do contribuinte, sujeito ao interesse da Administração Pública, quando houver processo administrativo instaurado ou havendo procedimento e for de suma relevância, a critério do agente responsável.

A hipótese trazida pelo legislador paulista, com a alteração implementada no Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, não refletiu o mesmo cuidado adotado pelo legislador no texto da Lei Complementar nº 105/01, especialmente em seu artigo 6º. As operadoras de cartões de crédito foram compelidas a fornecer informações sigilosas de seus clientes a respeito de suas movimentações financeiras quando notificadas pelo Fisco estadual para tanto por força da inclusão do inciso X ao artigo 494 do Regulamento.

A *Operação Cartão Vermelho* resultou na autuação de centenas de milhares de estabelecimentos que, em sua grande maioria, estavam de fato infringindo a legislação de regência do ICMS e informavam ao Fisco através das Guias de Apuração do Imposto valores menores que aqueles efetivamente movimentados em seus estabelecimentos comerciais. As operações de venda com cartões de crédito não eram vinculadas aos Emissores de Cupom Fiscal e, assim, não havia emissão de nota fiscal em tal operação.

Não se questionou em momento algum a ocorrência das infrações apuradas, mas a forma adotada pelo Fisco bandeirante para o levantamento das informações, o processamento dos dados sigilosos obtidos à revelia do contribuinte, sem a instauração de procedimento administrativo anterior, e que resulta, obviamente, em violação à garantia constitucional prevista como cláusula pétrea, qual seja, o sigilo de dados, que compreende o sigilo bancário e fiscal de contribuintes.

As autuações decorrentes da *Operação Cartão Vermelho* significaram imediato crescimento na apuração do ICMS, conforme se viu nas informações divulgadas pela própria Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo através de seus informes anuais (exercícios de 2006 e 2007). A operação, aliada a outras medidas como a Nota Fiscal Paulista, diminuiu infrações desta natureza, pois os contribuintes não tiveram outra saída que não alinhar o seu sistema de emissão de nota fiscal às máquinas de cartões de crédito.

Os resultados obtidos ofuscam as manobras legais adotadas pelo legislador paulista e pelas ações adotadas pela Secretaria da Fazenda para obtenção das informações sigilosas dos contribuintes.

A Administração Pública, através de sua Administração Tributária, tem a função precípua de fiscalizar a ocorrência de fatos geradores do tributo, cujo recolhimento se converte imediatamente em fomento à manutenção do aparato estatal. Não se pode admitir, porém, que a Fazenda esteja investida nesta prerrogativa de tal forma que releve a segundo plano uma garantia constitucional de cada cidadão contribuinte. O direito ao sigilo, famigerado e posto a prova desde a publicação da LC nº 105/01, sofreu outro duro golpe com a Operação Cartão Vermelho e com as alterações providas na legislação paulista e que a viabilizaram. A reflexão é necessária para que as hipóteses de exceção não se transformem em regra geral.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. Malheiros, São Paulo, 2010

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 15ª ed. Saraiva, São Paulo, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS – Teoria e Prática**. Malheiros. 6ª ed. Malheiros, São Paulo, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. P. 67.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Obtido em: <http://jus.com.br/revista/texto/8295/atos-administrativos-e-sua-convalidacao-face-aos-principios-constitucionais/> – acesso em 20/03/2013.

Sítios Eletrônicos:

<http://www.fazenda.sp.gov.br/publicacao/noticia.aspx?id=567> - acessado em 20 de março de 2013, matéria intitulada *Fisco Paulista Identifica Indícios de Sonegação Fiscal de R\$ 1,5 bi.*

<http://www.fazenda.sp.gov.br/PUBLICACAO/noticia.aspx?id=633> – acesso em 15/09/2011, matéria intitulada *Balanço 2007 do Governo de SP mostra melhora nos indicadores*).

http://www.al.sp.gov.br/web/portal/home/arquivos/BALANCO_2007.pdf , acessado em 20/03/2013, documento intitulado “*Balanço Geral do Estado – Contas do Exercício de 2007*”.

<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao> - legislação histórica e atualizada citada. Acesso em diversos dias durante a elaboração do presente trabalho.

http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/tit_legis/indice_legislacao.shtm - legislação histórica e atualizada do contencioso administrativo estadual. Acesso feito em diversos dias durante a elaboração do presente trabalho.