

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
22ª CÂMARA CÍVEL

=====

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0065945-75.2013.8.19.0000

**AGRAVANTE: NOVA CLASSE CALÇADOS E COMPLEMENTOS
LTDA.**

**AGRAVADO: SUBSECRETÁRIO ADJUNTO DE FISCALIZAÇÃO DA
SUBSECRETARIA ADJUNTA DE FISCALIZAÇÃO**

RELATOR: DESEMBARGADOR ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA

DECISÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE DO “SIMPLES NACIONAL”. INFORMAÇÕES OBTIDAS PELA FAZENDA PÚBLICA DIRETAMENTE DAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR 105/2001, ART. 6º. INVERSÃO DA LÓGICA DO LEVANTAMENTO DO SIGILO DAS OPERAÇÕES FINANCEIRA. ILICITUDE. RECENTE PRECEDENTE NO STJ. QUEBRA DO SIGILO FISCAL SOMENTE POSSÍVEL MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. REFORMA DA DECISÃO PARA SUSPENDER O ATO DE EXCLUSÃO ATÉ DECISÃO FINAL NO PROCESSO PRINCIPAL. Verificando-se que a “quebra” do sigilo fiscal do contribuinte foi feita sem determinação judicial e sem o cumprimento do disposto no art. 6º da LC 105/2001, cabível a suspensão dos efeitos do ato administrativo de exclusão da agravante do Programa “Simples” até decisão final proferida nos autos principais. Precedente no STJ. **Conhecimento e provimento liminar do recurso.**

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto da decisão do Juízo da 11ª Vara de Fazenda Pública da Capital que nos autos do mandado de segurança impetrado pelo agravante indeferiu o pedido de declaração de nulidade da decisão que determinou a exclusão da impetrante do Regime Simples Nacional.

A decisão foi proferida nestes termos:

“Sabemos que para a concessão da medida liminar, mister estejam presentes dois requisitos concorrentes que exsurgem do art. 7º, II, da Lei 1533/51, a saber: a relevância do fundamento a que se assenta o pedido e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do Impetrante, tornando ineficaz a medida em caso de concessão da

segurança. Todavia, como ensina Hely Lopes Meirelles, in 'Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública', 11º ed., Editora Revista dos Tribunais, pág. 47, verbis: 'A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência do dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até apreciação definitiva da causa.' A cautela manda que o julgador aja com prudência para que não trilhe um caminho que o leve a precipitadamente enfrentar o mérito quando no momento processual inicial do mandamus isto não é exigido. Importa tão somente apreciar a relevância do fundamento do pedido e a circunstância de que o não deferimento da liminar frustrará por absoluta a prestação jurisdicional que se busca. O professor Sergio Ferraz, in 'Mandado de Segurança - Aspectos Polêmicos', 3ª ed., Editora Malheiros, S.P., também afirma que para a concessão da liminar deve o juiz aferir a relevância do fundamento e o periculum in mora. Pretende a Impetrante liminar para determinar a suspensão dos efeitos da exclusão da Impetrante do Regime do Simples Nacional, nos termos do pedido constante da exordial. No caso em tela, não obstante os documentos carreados para os autos, não formulei um juízo de certeza acerca do direito alegado pela impetrante, ao menos neste momento processual. Note que, a decisão administrativa baseou-se na desconformidade entre as receitas declaradas pela autora e aquelas referentes aos dados fornecidos por administradoras de cartões de crédito e débito, o que não configura quebra de sigilo do contribuinte. Vale destacar que, a prestação de informações por instituições financeiras ao fisco tem previsão expressa na LC nº 105/01. Trata-se de mera confrontação de dados, que não implica em ofensa ao devido processo legal e ao direito à privacidade, visando coibir eventuais sonegações. Neste sentido, destaco e aplico o julgado in verbis: RE: 219780/PE - Pernambuco - Recurso Extraordinário. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 13/04/1999 Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação DJ 10-09-1999 PP-00023 EMENT VOL-01962-03 PP-00473 - RTJ VOL-00172-01 PP-00302 - Parte(s): RECTE. : UNIÃO FEDERAL. ADVDA.: PFN - MARÚCIA MIRANDA CORRÊA. RECD.: CREDICARD S/A ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. ADVDOS. : NAIR ESPERANÇA ALVES ASSIS E OUTROS. EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X. I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II. - R.E. não conhecido. Ademais, ao que parece, a decisão administrativa que se pretende atacar não está pendente de qualquer recurso, a fim de suspender seus efeitos, sendo certo que, os processos administrativos visam desconstituir os autos de infração mencionados, razão pela qual suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso III do CTN, e não a exclusão mencionada. Sendo assim, ao que parece, restou configurada a hipótese de exclusão do Simples Nacional. Por

estas razões, indefiro o pedido liminar. Face a petição retro, determino a exclusão do Secretário de Estado do polo passivo do presente mandamus. Anote-se onde couber. Proceda o Cartório com as certidões de praxe. Estando tudo regularizado, notifique-se a autoridade coatora para prestar as informações no decêndio legal. Caso negativo, à impetrante para regularizar. Cientifique a Procuradoria do Estado, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei 12.016/2009. Após, ao Ministério Público. Publique-se e intime-se.

Sustenta o agravante que foi excluído do Regime Simplificado de Tributação, com base na diferença dos valores apurados nas declarações informadas pela contribuinte (DASN e DECLAN'S) e os valores informados pelas operadoras de cartões de crédito; que tal fato afronta o disposto no art. 5º. XII da CRFB, porquanto inviolável o sigilo das comunicações de dados; que as informações colhidas pelo fisco violam a LC n.º 105/2001, uma vez que esta exige o prévio processo administrativo, no bojo do qual se fundamentará a indispensabilidade da quebra do sigilo; que recente decisão do STJ (Agravo em Recurso Especial n.º 285.894-SP – 2013/0012590-6 manteve acórdão do Tribunal de São Paulo que entendeu ilícito o ato administrativo em idêntica circunstância; que a Lei Estadual nº 5.391/09 e o Decreto Estadual nº 41.726/09, que a regulamenta, invertem a lógica da quebra do sigilo fiscal frente ao que dispõe a LC n.º 105/2001; que é ilegal e inconstitucional a inversão da quebra do sigilo de dados do contribuinte; que os procedimentos administrativos que ensejaram a exclusão do agravante ainda estão em tramitação e não possuem decisão administrativa irrecurável, o que torna a referida exclusão numa antecipação de pena ilícita; que há uma relação de prejudicialidade entre o processo de exclusão e aqueles que apuram o imposto, na medida em que o motivo da exclusão (não emissão reiterada de documento fiscal) vincula-se, intimamente, a suposta omissão de receita.

O Agravo de Instrumento deve ser provido liminarmente.

Encontram-se presentes os requisitos que ensejam a suspensão do ato administrativo até decisão final do processo.

A prestação de informações por instituições financeiras ao fisco tem previsão expressa na LC nº 105/01.

Estabelece o art. 6º do citado regramento que:

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

Assim, verifica-se que, para o levantamento do sigilo financeiro do contribuinte, é necessária a prévia instauração do processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, de modo que a metodologia de obter informações diretamente das administradoras de cartões sem antes iniciadas tais formalidades implica em violação do sigilo de dados do agravante.

Em recente decisão do STJ (EDcl no AResp n.º 285.894), de relatoria do **Ministro HERMAN BENJAMIN**, entendeu-se que a Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo não poderia se basear em lei estadual para excluir pessoa jurídica do Simples com escopo em indícios de irregularidades antes da instauração de processo administrativos.

Naquele julgamento verificou-se que a Fazenda Pública não pode inverter a lógica do levantamento do sigilo das operações financeiras onde *“o contribuinte é tratado constantemente como investigado, ou culpado, e não como inocente”*, porquanto o mesmo *“renuncia obrigatoriamente, desde logo, ao segredo de suas operações de crédito e débito, e, então a Fazenda busca indícios de irregularidades”*.

É nestes termos a referida decisão:

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 285.894 - SP (2013/0012590-6) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN EMBARGANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO PROCURADOR : GEÓRGIA GRIMALDI DE SOUZA BONFÁ E OUTRO(S) EMBARGADO : AE IAGUE – MICROEMPRESA ADVOGADO : PÉRISSON LOPES DE ANDRADE E OUTRO(S) DECISÃO Trata-se de Embargos de Declaração opostos contra decisão monocrática que negou provimento ao Agravo em Recurso Especial (fls. 525-528, e-STJ), sob o fundamento de que o Tribunal de origem está de acordo com o entendimento do STJ. Esta Corte entende que as normas de natureza procedimental possuem aplicação imediata, alcançando inclusive fatos pretéritos. É pacífico também que a quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa só é permitida quando necessária à comprovação de possível ilícito. Com relação à violação da legislação estadual, aplicou-se, por analogia, a Súmula 280/STF. A embargante alega que a decisão recorrida apresenta contradição, uma vez que: (...) o Recurso Especial alega violação ao art. 6º da LC 105/2001 justamente por ter prevalecido no TJ/SP interpretação diversa, no sentido da impossibilidade da quebra de sigilo pela autoridade administrativa para instrução do processo administrativo para exclusão do recorrido do "simples paulista" (fl. 534, e-STJ). Impugnação apresentada (fls. 537-541, e-STJ). É o relatório. Decido. Os autos foram recebidos neste Gabinete em 24.4.2013. A irrisignação não merece prosperar. O STJ entende que as normas tributárias de natureza procedimental, como a LC 105/2001, possuem aplicação imediata, alcançando, inclusive, fatos pretéritos. Pacífico também é o entendimento de que a quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa só será permitida quando imprescindível para comprovar possível ilícito. Nessa esteira: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - SIGILO BANCÁRIO - IR – REGULARIDADE DAS DECLARAÇÕES DE RENDIMENTO DO ANO-BASE DE 1988 - INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO COM BASE EM REGISTROS DA CPMF - LC 105/2001

E LEI 10.174/2001 - APLICAÇÃO A FATOS PRETÉRITOS - IMPOSSIBILIDADE. - Na vigência do art. 38 da Lei 4.595/96 não era possível a quebra do sigilo bancário no curso do processo administrativo sem a manifestação de autoridade judicial, e muito menos por simples solicitação da autoridade administrativa ou do Ministério Público. - A LC n. 105/2001 e a Lei 10.174/2001, que permitem a quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal, desde que consistentemente demonstradas as suspeitas e a necessidade da medida, não têm aplicação a fatos ocorridos em 1998, sob pena de se violar o princípio da irretroatividade das leis. - Recurso especial conhecido e provido. (REsp 608.053/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 741) A respeito da possibilidade ou não da quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa, o Tribunal de origem consignou: O processo administrativo que desenquadrou o contribuinte do "Simples Paulista", com efeitos retroativos desde 1º de abril de 2006, baseou-se unicamente em relações de valores sobre pagamentos com cartões de crédito e débito realizados pela microempresa passados à Secretaria da Fazenda do estado com base no art. 1º, III, da Lei Paulista 12.186, de 5 de janeiro de 2006, que introduziu dentre os requisitos de adesão ao programa a declaração de que "autoriza a empresa administradora de cartão de crédito ou débito a fornecer, à Secretaria da Fazenda, relação dos valores referentes às suas operações e prestações de serviços" (art. 3º, II, "e", da Lei Estadual 10.086, de 19 de novembro de 1998). Por sua vez, a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo nas operações das instituições financeiras, determina: "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" (grifo nosso). A Portaria CAT-87, de 18 de outubro de 2006, regulamentou esse dever das administradoras repassar tais informações à Fazenda (arts. 1º e 3º). Ou seja, a Lei Estadual 12.186/2006 simplesmente inverteu a lógica do levantamento do sigilo das operações financeiras: o contribuinte renuncia obrigatoriamente, desde logo, ao segredo de suas operações de crédito e débito, e, então, a Fazenda busca indícios de irregularidades. Em outras palavras, a exceção foi transformada em regra, com evidente inversão do ônus da prova: o contribuinte é tratado constantemente como investigado, ou culpado, e não como inocente. Ora, se a Lei Complementar 105/2001 determina a prévia existência de processo administrativo e a imprescindibilidade de tais informações, ilegal a busca indiscriminada por indícios de infrações tributárias com violação ostensiva do sigilo bancário. O processo, inclusive administrativo, deve investigar fatos, e não os procurar, como se estivesse pescando. (...) Enfim, como o desenquadramento da empresa iniciou-se e fundou-se única e exclusivamente em informações obtidas com base nesse dispositivo introduzido por essa Lei Paulista 12.186/2006 (fls. 34, 55/58 e 86), é patente a ilegalidade do processo administrativo e da consequente exclusão e ofício do recorrente do "Simples Paulista", por violação ao art. 69º, caput, da Lei Complementar 105/2001. Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente, em caso análogo, no julgamento do Recurso Extraordinário 389808/PR, em 15 de dezembro de 2010, que a Fazenda Pública não pode acessar informações fiscais sem autorização judicial (fls. 419-421, e-STJ). Como se depreende do trecho supracitado, o Tribunal a quo entendeu que todo o processo administrativo baseou-se unicamente nas relações de valores sobre pagamentos com cartões de crédito e débito realizados pela microempresa e repassados à Secretaria da Fazenda do Estado com base no art. 1º, III, Lei Paulista 12.186/2006, norma que contraria a regra do art. 6º da Lei Complementar 105/2001. Não ficou comprovada, portanto, a existência de processo administrativo, tampouco a imprescindibilidade de tais informações, conforme estipula o art. 6º da Lei Complementar 105/2001. Na linha do que ficou decidido na decisão embargada, entender de forma diversa implicaria não só o revolvimento de

matéria fático-probatória, como também a análise da legislação estadual aplicável ao caso, óbices que levam à aplicação das Súmulas 7/STJ e 280/STF. Portanto, a controvérsia foi correta e integralmente solucionada, com fundamento suficiente e em consonância com entendimento deste Tribunal, razão por que não se configura omissão, contradição ou obscuridade. Diante do exposto, rejeito os Embargos de Declaração, com a advertência de que a reiteração será considerada expediente protelatório sujeito à multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 03 de maio de 2013. MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator (Ministro HERMAN BENJAMIN, 17/05/2013).

Acrescente-se, conforme foi bem asseverado no julgado, que a Fazenda Pública não pode acessar informações financeiras sem autorização judicial, conforme já decidiu o STF no Recurso Extraordinário 389.808/PR, em julgamento realizado em 15.12.2010.

Ressalte-se que a exclusão do “Simples” se deu sem a conclusão do procedimento administrativo de apuração da irregularidade, sendo certo que a imposição da pena antecipada é conduta que não se coaduna com o princípio constitucional da presunção de inocência e contraditório e ampla defesa.

Desse modo, verificando-se que a “quebra” do sigilo fiscal do Agravante foi feita sem determinação judicial e sem o cumprimento do disposto no art. 6º da LC n.º 105/2001, cabe suspender os efeitos do ato administrativo de exclusão da agravante do Programa “Simples” até decisão final proferida nos autos principais.

Diante do exposto, **conheço o recurso e dou-lhe provimento para manter o enquadramento do Agravante no Programa “Simples” até decisão final a ser proferida no mandado de segurança.**

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2013.

Rogério de Oliveira Souza
Desembargador Relator