Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
980
Carimbado Eletronicamente

Apelação n.º 0228890-88.2022.8.19.0001

Apelante: **SUSHIBEAS BAR LTDA**

Apelado: **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Juízo de Origem: **11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital**

Relator: **Desembargador Alexandre Teixeira de Souza**

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. COBRANÇA DE CRÉDITO DE ICMS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO APELANTE. Apelação Cível interposta em face de sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados em ação anulatória de débito fiscal. Pedido de cancelamento do crédito tributário consubstanciado no Auto de Infração nº 03.512.454-4. Cinge-se a controvérsia recursal sobre suposta violação ao entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da ausência de regulamentação local, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, das garantias processuais inerentes aos procedimentos de fiscalização tributária previstos na LC nº 105/2001, em afronta aos sigilos fiscal e bancário, desrespeitando o previsto no artigo 6º da lei 105/2001. Pretensão recursal que não merece prosperar. Auto de infração lavrado com base nas informações obtidas pela autoridade fazendária junto às operadoras de cartão de crédito. STF que apenas ressalvou a necessidade de Estados e Municípios regulamentarem a matéria versada no artigo 6º da LC nº 105/2001. Não houve, por parte da Corte

ALEXANDRE TEIXEIRA DE SOUZA:20710 Assinado em 11/03/2025 19:10:14
Local: GAB. DES. ALEXANDRE TEIXEIRA DE SOUZA

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
981
Carimbado Eletronicamente

Suprema, a imposição de regulamentação local em relação ao procedimento fiscalizatório disciplinado no artigo 5º da LC nº 105/2001. Caso dos autos que se amolda ao artigo 5º da referida lei e não ao artigo 6º. Ausência de violação ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2859-DF. **RECURSO CONHECIDO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.**

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação em epígrafe, em que é apelante SUSHIBEAS BAR LTDA e apelado o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, **ACORDAM**, os Desembargadores que integram a Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade**, em **conhecer** e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

ALEXANDRE TEIXEIRA DE SOUZA

DESEMBARGADOR RELATOR

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
982
Carimbado Eletronicamente

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **SUSHIBEAS BAR LTDA** em face da sentença proferida pela 11ª Vara de Fazenda Pública da Capital, na qual o demandante busca desconstituir o Auto de Infração de ICMS nº 3.512.454-4 o qual exige débitos de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e multa material.

A sentença foi prolatada nos seguintes termos (ID 00632) *in verbis*:

> "Trata-se de AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL, com pedido de antecipação de tutela, movida por SUSHIBEAS BAR LTDA. em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ambos qualificados nos autos. Alega, em síntese, que o Estado réu por meio do Auto de Infração de ICMS nº 03.512.454-4 (Processo Administrativo nº E-04/006/3141/2016) excluiu-o do Simples Nacional por entender que houve omissão de receitas no período entre janeiro de 2012 e julho de 2016, eis que teria apresentado DASN-C e DEFIS com informações diferentes das fornecidas por administradora de cartão de crédito. Afirma que os autos de infração são ilegais, já que lavrados com base em informações indevidamente obtidas e que não foram observados os requisitos objetivos para acesso e uso dos dados colhidos, conforme entendimento sedimentado nas ADIs n°s 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Por fim, requer a decretação da nulidade do termo que a excluiu do Simples Nacional, com a consequente desconstituição do Auto de Infração nº 03.512.454-4. Documentos instrutórios às fls. 20/466. Decisão que deferiu a tutela provisória de urgência e suspendeu a exigibilidade dos créditos tributários consubstanciados no referido Auto de Infração às fls. 478/480. Na ocasião, determinou-se a citação da parte ré. Ressalte-se, outrossim, que a referida decisão fora revogada por força do AI interposto pelo ERJ, conforme se vê de fls. 597/612. Contestação apresentada pelo Estado réu às fls. 498/512 alegando, em síntese, a validade das informações obtidas através da administradora de cartão de crédito e a consequente validade da cobrança do ICMS pela diferença apresentada entre as informações prestadas pelo autor e as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito. Assevera que houve processo administrativo regularmente constituído e que a autora sequer questionou/impugnou os valores contra ela lançados.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
983
Carimbado Eletronicamente

Advoga que a parte autora não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar qualquer vício que macule os autos de infração. Defende, ainda, que o art. 5º da Lei Complementar 105/2001 estabelece a possibilidade de transferência de informações entre as instituições financeiras e o Fisco. Ademais, trata-se de um dever de as instituições financeiras de compartilharem tais informações. Apontou, ainda, julgados apreciados pelo C. STF dando conta da constitucionalidade da norma legal em tela que autoriza o acesso direto, pela Administração Tributária, aos dados bancários e financeiros dos contribuintes, não se tratando de quebra de sigilo bancário, mas sim de transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros. Pontua, ainda, que a questão da metodologia de fiscalização com base nas informações obtidas com operadoras de cartão está suficientemente regulamentada no âmbito federal e no estadual, por legislação inteiramente aplicável aos fatos geradores objeto do auto de infração, com fundamento no art. 144, §1º, do CTN, e tudo dentro dos parâmetros julgados constitucionais pelo E. STF no RE 601314. Requer, assim, a improcedência dos pedidos. Réplica às fls. 549/557, frisando principalmente que, em momento algum, discute a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/01, mas sim a inobservância dos requisitos estabelecidos para o acesso aos dados específicos requisitados pela Autoridade Fazendária Estadual às administradoras de cartão de crédito. Reitera, assim, a procedência de seus pedidos. Às fls. 559 as partes foram instadas em provas. Petição do Estado réu à fl. 566 informando não ter mais provas a produzir. Petição da parte autora à fl. 568 informando não ter mais provas a produzir e reiterando que as provas documentais necessárias foram acostadas aos autos. Promoção do Ministério Público às fls. 575/579 pugnando pela improcedência do pedido por entender que, considerando a presunção de veracidade e legitimidade da autuação, cabia à parte autora fazer prova de que as receitas aparentemente omitidas não correspondiam a imposto devido, e que as notas fiscais adunadas à petição inicial não teriam sido levadas em consideração na quantificação do auto de infração. O parquet ressaltou, ainda, que a Autora deixou de requerer a realização de perícia. Decisão que encerrou a instrução probatória à fl. 583. Petição autoral às fls. 616/618 requerendo a juntada do v. Acórdão proferido pela Col. Sétima Câmara de Direito Privado, a qual negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 0086008-09.2022.8.19.0000 interposto pelo ERJ em ação similar a presente tombada sob o n. 0161574-58.2022.8.19.0001, de sorte que, em seu sentir, ratificou-se a probabilidade do direito

ASSINADO DIGITALMENTE

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
984
Carimbado Eletronicamente

para concessão da tutela de urgência, em razão da ilegalidade na obtenção pelo Fisco Estadual dos dados financeiros da empresa junto às operadoras de cartão de crédito, tendo em vista a ausência de regulamentação do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01 há época da lavratura do auto de infração. É o relatório. Passo a decidir. Preenchidas as condições da ação e inexistindo outras questões de ordem pública a serem reconhecidas de ofício pelo Juízo, passo de imediato à análise do mérito da demanda. As provas são satisfatórias permitindo julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil. Trata-se de ação anulatória de débito em que se requer a nulidade do processo administrativo E-04/006/3141/2016 que deu origem ao auto de infração 03.512.454-4. Alega o autor que, em 2016, a Secretaria de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro lavrou Termo de Exclusão do Simples Nacional, no âmbito do Processo Administrativo mencionado, sob a alegação de que ele teria, supostamente, ultrapassado o limite de R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) de faturamento bruto anual e não teria comunicado sua exclusão obrigatória, cuja data seria 01/11/2012. Tal informação fora obtida através do cruzamento de informações prestadas por administradora de cartão de crédito ao fisco. De pronto, cumpre esclarecer que a Constituição Federal, sobretudo com o advento da Lei Complementar nº 105/2001, conferiu à Administração Tributária a possibilidade de criação de mecanismos que determinam às empresas administradoras de cartões de crédito/débito o fornecimento de documentos, livros, programas e arquivos magnéticos relativos às operações financeiras ou prestações de serviços realizadas por contribuintes do imposto de ICMS. Dessa maneira, não há que se falar em violação do direito ao sigilo, tampouco de violação da legalidade do processo administrativo, posto que nenhuma pretensão de defesa pode servir de manto para encobrir o cometimento de atos ilícitos, tal qual a sonegação fiscal. Neste giro, o que se depreende do arcabouço normativo sobre a temática, de acordo com a interpretação conferida pelo C. STF, é no sentido de que não há quebra do sigilo quando as informações obtidas pelo compartilhamento das operadoras de cartão ao Fisco ficam resguardadas, sendo que o que é vedado é sua divulgação a terceiros. Portanto, é lícita essa atuação da Administração tributária visando fiscalizar e investigar possíveis celeumas fiscais, de molde que o acesso às informações é a forma de que se concretizem tais objetivos preconizados na LC 105 de 2001. De igual forma, não houve ofensa ao artigo 6° da Lei Complementar 105/2001, eis que o presente caso trata de mero cruzamento de dados, momento em que são confrontados

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
985
Carimbado Eletronicamente

os dados fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito com informações declaradas pelo próprio contribuinte. O próprio Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, entende dessa forma, vejamos: Supremo Tribunal Federal STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1317585 DF 0712034-47.2017.8.07.0018. APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE. SUSPENSÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. INFORMAÇÕES REPASSADAS AO FISCO. VALIDADE. MULTA DE 200%. LEGALIDADE. EFEITO CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. FATOR DE CORREÇÃO. TAXA SELIC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O envio das informações pelas administradoras de cartão decorre do cumprimento de determinação legal, de forma semelhante ao constante do artigo 5º da Lei Complementar n.º 105/2001, de modo que a obtenção das informações em questão não configura quebra de sigilo, tampouco necessita de prévia requisição judicial, visto não se tratar tal acesso pelo Fisco de quebra de sigilo bancário, mas apenas de transferência de dados sigilosos da esfera bancária para a fiscal, permanecendo resguardada a intimidade e a vida privada do contribuinte. 2. A imposição de multa no patamar de 200% não tem natureza confiscatória. Isso porque, quando constatada a ocorrência de sonegação/fraude/conluio pela autoridade fiscal, é legítima a aplicação da multa de 200% sobre o ICMS, com fundamento no art. 362, § 1º, do Decreto 18.955/97. 3. Revela-se possível a utilização da taxa SELIC como fator de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários em atraso. Precedentes do STF. 4. A utilização da taxa Selic é legítima observando-se a regra isonômica e previsão legal da entidade tributante, não se podendo esquecer que ela não pode ser cumulada com quaisquer outros índices. 5. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. Alega ter o pronunciamento violado o art. 150, IV, da Constituição Federal. Sustenta violação ao princípio da não-cumulatividade. Aduz que a multa aplicada possui natureza confiscatória, já que o seu valor é superior ao do tributo devido. É o relatório do essencial. Decido. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 1.335.293-RG/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Tema 1195/RG, reconheceu a existência de repercussão geral da questão relativa à possibilidade de fixação de multa tributária punitiva, não qualificada, em montante superior a 100% (cem por cento) do tributo devido. 3. Em face do exposto, considerando que a matéria impugnada é abarcada

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
986
Carimbado Eletronicamente

pelo Tema 1195/RG, determino a devolução dos presentes autos à instância a quo para que adote o disposto nos arts. 1.039, 1.040 e 1.041 do CPC, após o término de julgamento do paradigma. 4. Publique-se. Brasília, 21 de fevereiro de 2022. Ministro NUNES MARQUES Relator O poder de polícia, conferido constitucionalmente à Administração Pública, dá a ela a prerrogativa de restringir, frear, condicionar, limitar etc., o exercício de direitos e atividades econômicas dos particulares, e encontra fundamento na supremacia do interesse público sobre o particular, configurando, desta feita, atos decorrentes do Poder de Império Estatal, o que por si só não pode ser visto como ilegal. Na análise da proporcionalidade do procedimento adotado pelo Fisco, tem-se que a utilização das informações genéricas, oriundas das administradoras de cartão de crédito, afigurava-se o único meio viável para que se detectasse a entrada de recursos sem a correspondente formalização das vendas. As informações prestadas pelas administradoras são filtradas em documento que contém dados genéricos, sem individualizar operações, atentando assim para o subprincípio da necessidade, proibição de excesso. Além disso, como bem destacou o Ministério Público "considerando-se a presunção de veracidade e legitimidade da autuação, cabia a parte autora fazer prova de que as receitas aparentemente omitidas não correspondiam a imposto devido, e que as notas fiscais adunadas à petição inicial não teriam sido levadas em consideração na quantificação do auto de infração". Todavia, instada em provas, a parte autora nada mais requereu, deixando de requerer a realização de perícia contábil. Nesta mesma ordem de ideias, o ERJ trouxe em sua contestação todo o emaranhado normativo de molde a se demonstrar que o ente federativo detém, diferentemente do sustentado pela autora, legislação regulamentando todo o procedimento a ser realizado pela Fazenda Estadual visando obter, de forma efetiva, as informações junto às operadoras de cartão de crédito. E, ainda que algum normativo seja posterior aos fatos geradores ensejadores do auto de infração ora combatido, certo é a sua plena possibilidade de atingi-los porque o STF no RE 601314 "entendeu que lei que regulamenta a obtenção das informações das operadoras de cartão de crédito e a respectiva utilização para a lavratura de autos de infração é diploma que tem por objeto simples método de fiscalização, podendo, assim, ser aplicada a fatos geradores anteriores, nos termos do §1º, do art. 144, do CTN." Ou seja, a C. Suprema Corte assentou a possibilidade de que tais normativos retroajam, de modo que ainda que o último regramento sobre o assunto no ERJ seja do ano de 2020, ele facilmente alcança os fatos geradores objeto desta lide com base no que preceitua o referido §1º do art. 144 do CTN. À vista do

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
987
Carimbado Eletronicamente

esposado, seja pelo ângulo da demonstração da existência de processo administrativo regular e devidamente instaurado, que ensejou, inclusive, a exclusão da autora do Simples Nacional, seja pela existência de toda uma estrutura normativa possibilitando esse compartilhamento de dados entre Fisco e operadoras de cartão de crédito, seja porque o ERJ tem normatização regulamentando a importante ferramenta decorrente de seu poder de polícia, chega-se à conclusão de que melhor sorte não assiste à autora. Em arremate, confira-se os seguintes julgados deste E. Tribunal que bem arrematam a vexata quaestio, sendo um deles o AI interposto nestes autos: 0240726-34.2017.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA - Julgamento: 10/05/2023 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. ALEGADO DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL. AUTO DE INFRAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSOS DAS PARTES. Demanda objetivando desconstituir crédito tributário. Alegado o decurso do prazo decadencial para a constituição do crédito. Irregularidades no auto de infração. Sentença que, rejeitando a preliminar, julgou improcedente o pedido, entendendo como regularmente constituído o crédito, mas afastando a condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios sucumbências, do que apelam as partes. Apelo da autora. Decadência afastada. Inexistência de declaração e recolhimento do tributo pelo contribuinte. Prazo decadencial quinquenal com início no exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (art. 173, I, do CTN; Súmula nº 555, do STJ). Crédito constituído em 2012, relativo a fatos geradores ocorridos entre 2007 e 2011. Mérito. Auto de infração suficientemente instruído, com demonstrativo do imposto devido e multa, e diferenças, mês a mês, entre as receitas declaradas pela recorrente e os valores informados pelas operadoras de cartão. Suposta quebra de sigilo financeiro não evidenciada. Entendimento assente na jurisprudência, no sentido da possibilidade de o fisco apurar o montante do tributo devido pelas empresas, mediante cruzamento dos dados da movimentação financeira declarada com os montantes globais de transações informadas pelas administradoras de cartões (art. 5º, LC n° 105/01). Simples Nacional (LC nº 123/06). Correta exclusão da autora, de ofício. Apelo do réu. Honorários sucumbenciais (Art. 85, do CPC). Autora que, vencida, fica condenada ao pagamento de 10% sobre o valor atribuído à causa. Inocorrência de qualquer violação aos princípios do devido processo legal e do acesso à justiça. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 85, do CPC, afastada.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
988
Carimbado Eletronicamente

> Desprovimento do apelo da autora, sendo provido o apelo do réu. 0087525-49.2022.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). JDS MARIA AGLAE TEDESCO VILARDO - Julgamento: 16/05/2023 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO e AGRAVO INTERNO em face da decisão de deferimento do efeito suspensivo. Tutela de urgência deferida na origem para suspensão de exigibilidade dos créditos tributários consubstanciados em Autos de Infração. Omissão de receita relativa às saídas de mercadorias, constatada por meio de confronto de dados junto às administradoras de cartões de crédito. Ausência de demonstração da ilegalidade do ato atacado. Ato administrativo a prevalecer em cognição sumária. Ausentes os requisitos do artigo 300, do CPC. Tema nº 225, do STF: "O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal". Precedentes deste TJRJ. DADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO no tocante ao efeito suspensivo. Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o feito com resolução de mérito, com base no art. 487, I do CPC. Consequentemente, tendo o autor sucumbido, o condeno ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado, nos termos do art. 85, § 4º, inciso III do CPC. Com o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos. P.R.I.”

Em suas razões recursais (ID 000695), o apelante pugna pela reforma do *decisum* sob os seguintes fundamentos:

a) Manifesta nulidade do auto de infração em virtude da violação ao artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001;
b) Violação ao entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI nº 2859-DF, a partir da ausência de regulamentação local, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, das garantias processuais inerentes aos procedimentos de

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
989
Carimbado Eletronicamente

fiscalização tributária previstos na LC nº 105/2001, em afronta aos sigilos fiscal e bancário;

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, sendo desconstituído o Auto de Infração de ICMS nº 3.512.454-4.

Contrarrazões em prestígio à sentença (ID 000930).

Parecer da Procuradoria de Justiça no index 959 acerca da desnecessidade de sua manifestação.

É o relatório.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
990
Carimbado Eletronicamente

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, **o recurso deve ser conhecido**.

No mérito, **não assiste razão ao recorrente**.

Ab initio, insta salientar que o apelante, em suas razões de reforma da sentença vergastada, não apresenta qualquer argumento sobre suposta invalidade ou inconsistência nas informações obtidas das operações dos cartões de crédito ou qualquer elemento no sentido de apontar vício no processo administrativo.

O recorrente sustenta que houve violação ao entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI nº 2859-DF, a partir da ausência de regulamentação local, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, das garantias processuais inerentes aos procedimentos de fiscalização tributária previstos na LC nº 105/2001, em afronta aos sigilos fiscal e bancário, sustentando desrespeito ao artigo 6º da lei 105/2001.

Dessarte, cinge-se a controvérsia recursal sobre suposta ilegalidade do procedimento fiscalizatório adotado pelo Fisco.

A insurgência do apelante pode ser sintetizada nos seguintes termos: (i) o Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.859/DF, decidiu que Estados e Municípios somente podem praticar os procedimentos previstos no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 se tiverem regulamentação própria sobre o tema, nos moldes do Decreto Federal nº 3.724/2001; (ii) o crédito tributário teve origem no levantamento de informações eletrônicas e extratos de cartão de crédito e débito fornecidas pelas administradoras; (iii) essas informações foram obtidas a partir dos procedimentos previstos na Lei Complementar

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
991
Carimbado Eletronicamente

nº 105/2001, em ação da autoridade tributária; (iv) o Estado do Rio de Janeiro somente regulamentou os dispositivos da Lei Complementar 105/2001 com Decreto nº 46.902/2020, ou seja, posteriormente à obtenção das informações; (v) logo, o Estado não poderia ter obtido as informações que levaram à lavratura do presente Auto de Infração, com a consequente instauração do processo administrativo e à constituição do crédito tributário em discussão.

Todavia, consoante se demonstrará, referida tese jurídica não merece acolhida.

De início, cumpre transcrever os artigos 5º e 6º da referida Lei Complementar nº 105/2001:

> Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.
>
> § 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:
>
> (...)
>
> **XIII - operações com cartão de crédito;**
>
> **§ 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.**
>
> (...)
> § 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
992
Carimbado Eletronicamente

bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor."

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." (grifei)

Por sua vez, a ementa da ADI nº 2959-DF restou assentada da seguinte maneira, *verbis*:

Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão "do inquérito ou", constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
993
Carimbado Eletronicamente

2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes. 1. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária. 2. Encontra-se exaurida a eficácia jurídico-normativa do Decreto nº 4.545/2002, visto que a Lei n º 9.311, de 24 de outubro de 1996, de que trata este decreto e que instituiu a CPMF, não está mais em vigência desde janeiro de 2008, conforme se depreende do art. 90, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT. Por essa razão, houve parcial perda de objeto da ADI nº 2.859/DF, restando o pedido desta ação parcialmente prejudicado. Precedentes. 3. A expressão "do inquérito ou", constante do § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, refere-se à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito esta Suprema Corte admite o acesso ao sigilo bancário do investigado, quando presentes indícios de prática criminosa. Precedentes: AC 3.872/DF-AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 13/11/15; HC 125.585/PE-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 19/12/14; Inq 897-AgR, Relator o Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 24/3/95. 4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal. 5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição sine qua non para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
994
Carimbado Eletronicamente

> efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa. 6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais. 7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos. 8. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão da Advocacia-Geral da União, caberá a defesa da atuação do Fisco em âmbito judicial, sendo, para tanto, necessário o conhecimento dos dados e informações embasadores do ato por ela defendido. Resulta, portanto, legítima a previsão constante do art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. 9. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente. Ações diretas de inconstitucionalidade nº 2390, 2397, e 2386 conhecidas e julgadas improcedentes. **Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários.**
> (ADI 2859, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24-02-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016) (grifei)

Da análise do teor da ementa supracitada, depreende-se que o STF apenas ressalvou a necessidade de Estados e Municípios regulamentarem a

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
995
Carimbado Eletronicamente

matéria versada no artigo 6º da LC nº 105/2001 (em analogia ao Decreto Federal nº 3724/2001), sob pena de violação às garantias processuais e à necessidade de observância dos sigilos fiscal e bancário dos contribuintes. Não houve, por parte da Corte Suprema, a imposição de regulamentação local (no âmbito dos Estados e Municípios) em relação ao procedimento fiscalizatório disciplinado no artigo 5º da LC nº 105/2001 (dispositivo que teve a sua constitucionalidade reconhecida), o qual versa sobre a transferência de informações genéricas dos contribuintes ao Fisco ("*informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados*").

In casu, a possibilidade da autoridade fazendária obter informações decorrentes de operação de cartão de crédito para fins de autuação fiscal, não se amolda à descrição contida no art.6º da sobredita lei complementar, e sim, ao art.5º da mesma lei. Tratando-se de mera obtenção de informações, junto às administradoras do cartão, referentes às transações comerciais realizadas com a utilização do cartão de crédito e omitidas por empresa contribuinte do ICMS, não há necessidade de prévia instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, já que o ato praticado é amparado no art.5º e §§2º e 4º da LC nº 105/2001.

Nessa linha vem entendendo este egrégio Tribunal de Justiça, conforme os seguintes julgados:

> Agravo de instrumento. Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade. ICMS. Auto de infração lavrado com base nas informações obtidas pela autoridade fazendária junto às operadoras de cartão de crédito. Inteligência do art.5º da Lei Complementar nº 105/2001. Inaplicabilidade do disposto no art.6º da sobredita lei. Não acolhimento da preliminar de nulidade da decisão. Ausência de violação do art.489, §1º, inciso

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
996
Carimbado Eletronicamente

III e IV do CPC. A possibilidade de a autoridade fazendária obter informações decorrentes de operação de cartão de crédito para fins de autuação fiscal, não se amolda à descrição contida no art.6º da sobredita lei complementar, e sim, ao art.5º da mesma lei. Tratando-se de mera obtenção de informações, referentes às transações comerciais realizadas com a utilização do cartão de crédito, por empresa contribuinte do ICMS, junto às operadoras de cartão de crédito, não há necessidade de prévia instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, já que o ato praticado é amparado no art.5º e §§2º e 4º da LC nº 105/2001. Ausência de violação da ADIN nº 2.859 julgada pelo Tribunal Pleno do STF. A possibilidade de a autoridade fiscal obter informações decorrentes das operações de cartão de crédito realizadas, pelo contribuinte, tem previsão em diversos dispositivos da legislação deste Estado. Inteligência do art.189, inciso VII do Código Tributário Estadual, art.47, incisos I e II, §§1º, 2º e 3º da Lei Estadual nº 2.657/96, art.1º e 2º, incisos I e II da Lei Estadual nº 5.391/2009 e art.1º, p.u e arts.2º e 3º do Decreto Estadual nº 41.726/2009. Certidão da dívida ativa que preenche os requisitos previstos no art.202 do CTN. Presunção de certeza e liquidez do título executivo extrajudicial. Via da exceção de pré-executividade que não comporta dilação probatória. Súmula nº 393 do STJ. Agravo de instrumento desprovido. (0012858-92.2022.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS - Julgamento: 27/06/2022 - NONA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 2ª CÂMARA CÍVEL)

Apelação cível. Ação anulatória de lançamento tributário. Contribuinte que pretende o reconhecimento da nulidade dos procedimentos administrativos, bem como dos débitos tributários de ICMS deles decorrentes. Sentença de improcedência do pedido, entendendo não evidenciada quebra de sigilo bancário ou qualquer outra ilegalidade capaz de lhe conferir suporte jurídico. Tese autoral no sentido de que fora indevidamente autuada pela ausência do recolhimento de ICMS, através de informações obtidas por operadoras de cartão de crédito, sem que tenha havido instauração prévia de procedimento administrativo. Pretensão que não merece prosperar. Não se pode confundir a fase bilateral, ou contenciosa, com a fase unilateral do procedimento administrativo fiscal, que pode ser prévia. Há de se distinguir o fornecimento periódico de informações à administração tributária, o que se apresenta como obrigação das instituições financeiras, com eventual exame dos documentos, livros e registros em seu poder. Ausência de qualquer afronta aos artigos 5º e 6º da LC 105/01, ou ao Tema

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
997
Carimbado Eletronicamente

225 do STF. Jurisprudência pátria que vem se consolidando no sentido de que, em matéria tributária, a substância prevalece sobre a forma. Parte autora que expressamente reconhece o cometimento da infração tributária, tendo exercitado, inclusive, o competente direito de defesa no âmbito administrativo. Apelo improvido. (0282361-58.2018.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). CELSO LUIZ DE MATOS PERES - Julgamento: 02/05/2023 - SEGUNDA CAMARA DE DIREITO PUBLICO (ANTIGA 10ª CÂMARA CÍVEL)

APELAÇÃO CÍVEL. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. OMISSÃO DE RECEITA. CRUZAMENTO DE INFORMAÇÕES DE ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. As intimações administrativas encaminhadas ao endereço da ré foram infrutíferas, em razão da situação de baixa e desocupação do local. Possibilidade de intimação por edital. Inexistência de nulidade do auto de infração. Não acolhimento da tese de decadência. Incide na hipótese o prazo previsto no artigo 173,I, do CTN. Súmula 555 do STJ. A autuação se deu com base em informações que as intuições financeiras administradoras de cartão de crédito e/ou débito são obrigadas a franquear à fiscalização, nos termos do art. 5º, § 4º, da LC 105/2001. Não restou caracterizada a quebra de sigilo bancário de qualquer contribuinte. As informações prestadas pelas administradoras são filtradas em documentos que contém dados genéricos, sem individuar operações. A Lei Estadual nº 6.357/12 apenas consolidou a prerrogativa do Fisco ¿ de estimar o valor do imposto devido com base em omissões de receita detectadas a partir de informes de cartão de crédito ¿ sem inovar relativamente à legislação geral, que já prevê a estimativa como método de quantificação do imposto quando falta ou é inexata a declaração do contribuinte. Inexistência de nulidade. DESPROVIMENTO DO RECURSO (0067194-48.2019.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). BENEDICTO ULTRA ABICAIR - Julgamento: 22/06/2022 - TERCEIRA CAMARA DE DIREITO PUBLICO (ANTIGA 6ª CÂMARA CÍVEL)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA LAVRADO COM BASE EM INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO, ALÉM DE DECLARAÇÕES PRESTADAS PELO CONTRIBUINTE AO FISCO. SUPOSTA QUEBRA DO SIGILO FINANCEIRO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. 1. O exame detido do auto de infração revela que o Estado do Rio de Janeiro apenas realizou cruzamento de

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
998
Carimbado Eletronicamente

dados, conforme informações prestadas pelo próprio contribuinte em confronto das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito ou similar. 2. Assim sendo, a autuação teve por fundamento a mera conferência de dados comerciais, exigidos com fundamento no artigo 47, I, da lei 2.657/96, não havendo que se falar em violação do sigilo financeiro, nos moldes do artigo 6º da LC nº 105/01. 3. Nesta linha intelectiva, forçoso reconhecer que o auto de infração permanece hígido, inexistindo ilegalidade na atuação do fisco. SENTENÇA QUE SE REFORMA. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. (0186962-07.2015.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA. Des(a). FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS - Julgamento: 07/07/2022 - VIGESIMA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 11ª CÂMARA CÍVEL)

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. OMISSÃO DE DECLARAÇÃO DE RECEITAS. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO COM BASE EM INFORMAÇÕES PRESTADAS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO. TESE DEFENSIVA DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 6º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DIREITO DE PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E AO SIGILO DE DADOS. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DO FISCO ESTADUAL APURAR O MONTANTE DO TRIBUTO DEVIDO PELAS EMPRESAS ATRAVÉS DO CRUZAMENTO DOS DADOS DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DECLARADA COM OS MONTANTES GLOBAIS DE TRANSAÇÕES REALIZADAS ATRAVÉS DE ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO. A HIPÓTESE DOS AUTOS SE ENQUADRA NA SITUAÇÃO PREVISTA NO ART. 5º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01, RAZÃO PELA NÃO RESTOU CONFIGURADA A QUEBRA DO SIGILO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA, DEMONSTRADO PELOS SUCESSIVOS RECURSOS INTERPOSTOS NA VIA ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LIQUÍDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. (0067116-57.2019.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA. Des(a). LUCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHAES - Julgamento: 01/12/2020 - VIGESIMA PRIMEIRA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 19ª CÂMARA CÍVEL))

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
999
Carimbado Eletronicamente

Ante o exposto, voto no sentido de **conhecer** e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

ALEXANDRE TEIXEIRA DE SOUZA

DESEMBARGADOR RELATOR

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ