



Número: **5002318-66.2023.8.08.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **4ª Câmara Cível**

Órgão julgador: **016 - Gabinete Des. JORGE DO NASCIMENTO VIANA**

Última distribuição : **10/03/2023**

Valor da causa: **R\$ 279.177,92**

**Relator: JORGE DO NASCIMENTO VIANA**

Processo referência: **5001318-38.2023.8.08.0030**

Assuntos: **Anulação de Débito Fiscal, Tutela de Urgência**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
WAGNER ANTONIO COSTA DE AGUIAR 11902262786 (AGRAVANTE)		CARLOS DRAGO TAMAGNONI (ADVOGADO)	
ESTADO DO ESPIRITO SANTO (AGRAVADO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
45562 98	22/03/2023 16:30	<a href="#">Decisão</a>	Decisão

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO

**4ª Câmara Cível**

Endereço: Rua Desembargador Homero Mafra 60, Enseada do Suá, VITÓRIA - ES -  
CEP: 29050-906

Número telefone:(27) 33342117

PROCESSO Nº **5002318-66.2023.8.08.0000**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)**

AGRAVANTE: WAGNER ANTONIO COSTA DE AGUIAR 11902262786

AGRAVADO: ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS DRAGO TAMAGNONI - ES17144-A

## DECISÃO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por **WAGNER ANTONIO COSTA DE AGUIAR 11902262786**, haja vista estar inconformado com a decisão (ID 21680221), através da qual o magistrado primevo, entendendo que o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 é constitucional, podendo haver transferência de informações sigilosas da entidade bancária ao órgão de fiscalização tributária em função de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso (Tema nº 225 do STF) e que a incidência de ICMS sobre a atividade de restaurante e similares está em consonância com a legislação e o entendimento jurisdicional (Súmula nº 163 do STJ), indeferiu o pleito de tutela antecipada..

Em seu articulado (ID 4467381), a agravante postula a reforma da decisão objurgada, com o deferimento da antecipação da tutela recursal defendendo, em apertada síntese, que: 1) houve quebra de sigilo fiscal irregular, sem autorização judicial e nem mesmo prévio procedimento administrativo que legitimasse a atuação do fisco; 2) a Agravante, como qualificada dentro do Simples Nacional, somente poderia ser autuada pelo regramento previsto nos artigos 79 e seguintes da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN, e; 3) como a agravante presta serviços de restaurante e similares seus serviços são tributados pelo ente municipal, por se tratar de ISS, devendo ser reconhecida a ilegalidade da cobrança de ICMS.

Pois bem. Diante da aparente presença dos requisitos de admissibilidade recursal, passo a apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal (efeito ativo) formulado pelo agravante.

Do que se extrai dos autos, a agravante foi autuada por “*deixar de emitir documento fiscal, na forma prevista na legislação, por ter sido constatada diferença entre o valor informado pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito em conta corrente e o valor informado ao Fisco*”, conforme “*descrição do fato*” contido no auto de infração nº 5.052.575-5 (ID 4467382, p. 26).

A cópia do processo administrativo fiscal nº 86916092, notadamente o “*termo de início de fiscalização*” (4467382 - Pág. 28), a “*nota técnica*” (4467382 - Pág. 44/46) e, ainda, o próprio auto de infração nº 5.052.575-5 (ID 4467382, p. 26) apontam que a autuação fiscal, de fato, partiu do confronto das movimentações informadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito com aquelas provenientes do Simples Nacional (PGDAS-D).

De fato, as informações fiscais prestadas por administradoras de cartões de crédito e débito ao Fisco não representam, por si só, violação ao sigilo bancário. Todavia, na situação aqui retratada, não há como desconsiderar que o comportamento estatal se desencontrou de certos pressupostos trazidos pelo ex. STF quando declarou a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01, que dispõe justamente sobre o sigilo das operações de instituições financeiras.

O ex. STF, quando do julgamento conjunto das ADI's nº.s 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, assim concluiu:

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, 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 nº 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 expresse, 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 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).

Ao concluir o seu voto, o Ministro Dias Toffoli assim dispôs sobre o regulamento da

questão no âmbito dos Estados e Municípios:

Por fim, no que tange especificamente ao **art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001**, acolho as sugestões formuladas em Plenário pelos eminentes Ministros **Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski**, no sentido de deixar explicitado neste julgamento que **os Estados e Municípios somente poderão obter as informações de que trata o preceito em referência quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de forma análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, o qual foi formulado de forma a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários.** Assim, a exemplo do que prevê o mencionado decreto federal, **a regulamentação da matéria no âmbito estadual e municipal deverá, obrigatoriamente, conter as seguintes garantias:**

- i) pertinência temática entre as informações bancárias requeridas na forma do art. 6º da LC nº 105/01 e o tributo objeto de cobrança no processo administrativo instaurado;
- ii) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo (leia-se, o contribuinte deverá ser notificado da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira) e relativamente a todos os demais atos;
- iii) submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico do agente fiscal requerente;
- iv) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, de modo que torne possível identificar as pessoas que tiverem acesso aos dados sigilosos, inclusive para efeito de responsabilização na hipótese de abusos;
- v) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios;
- vi) amplo acesso do contribuinte aos autos, garantindo-lhe a extração de cópias de quaisquer documentos e decisões, de maneira a permitir que possa exercer a todo tempo o controle jurisdicional dos atos da administração, segundo atualmente dispõe a Lei 9.784/1999.

No particular, não há notícias de que o agravado tenha regulamentado a matéria tal como declinado pelo ex. STF, impondo a prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo, isto é, da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira.

Adianto que o art. 101, p. único, da Lei Estadual nº 7.000/01, e o art. 499-Z-N, § 5º, do RICMS, apenas permitem o compartilhamento de informações, não resguardando, todavia, garantias do contribuinte elencadas pelo ex. STF, alhures detalhadas, senão, vejamos:

Art. 101. [...]

**Parágrafo único. As administradoras de cartões de crédito ou de débito em conta corrente e demais estabelecimentos similares, além das obrigações previstas no “caput”, deverão informar à Secretaria de Estado da Fazenda, conforme dispuser o regulamento, as operações e prestações realizadas pelos estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam feitos por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.**

Art. 499-Z-N. [...]

§ 5.º As administradoras ou operadoras de cartão de crédito ou de débito entregarão à

Sefaz, até o último dia do mês subsequente ao da ocorrência, os arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito ou débito, com ou sem transferência eletrônica de fundos, realizadas no mês anterior, de acordo com o Manual de Orientação constante do Anexo LIV, procedendo da seguinte forma:

I - o conteúdo do arquivo a ser transmitido será submetido à validação, com utilização do programa validador TEF, disponível na internet, no endereço eletrônico

[www.sefaz.es.gov.br](http://www.sefaz.es.gov.br);

II - a transmissão do arquivo será realizada com utilização do programa transmissor TED, disponível na internet, no endereço eletrônico [www.sefaz.es.gov.br](http://www.sefaz.es.gov.br);

III - na hipótese de contingência que impossibilite o envio das informações referidas no § 5.º, a administradora ou a operadora deverão comunicar o fato, no prazo de cinco dias úteis, por correspondência registrada à Supervisão de Varejo da Gerência Fiscal, localizada à Av. João Batista Parra, 600, Enseada do Suá, Vitória, CEP 29050-37, justificando a contingência e solicitando novo prazo, de até quinze dias; e

IV - a omissão na remessa das informações, dentro do prazo estabelecido no caput e sem a justificativa prevista no inciso III, sujeita a administradora ou a operadora responsável pelo cartão de crédito ou débito, às penalidades previstas.

Desta feita, vale dizer, realmente não aparenta ter havido, por parte do Fisco, prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo, providência que, conforme dito, deve ser anterior à requisição das informações sobre sua movimentação financeira.

Por tais razões, impõe-se a suspensão do auto de infração nº 5.052.575-5, permitindo-se a emissão de certidão negativa.

Esta 4ª Câmara, em recente julgado submetido à técnica de julgamento do art. 942 do CPC, teve a oportunidade de se manifestar acerca da questão, conforme ementa que segue, redigida pelo Desembargador Arthur José Neiva de Almeida:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA COM DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA CDA. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE OMISSÃO DE RECEITA TRIBUTÁVEL. FATO CONSTATADO COM BASE NA DIFERENÇA APURADA ENTRE OS VALORES RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES EFETUADAS PELO ESTABELECIMENTO E INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE DÉBITO E CRÉDITO E OS VALORES DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE À FAZENDA ESTADUAL. ALEGAÇÃO DO ESTADO DE INAPLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTANTES NA LEI DO SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITA QUE ATRAIRIA AS NORMAS ESTADUAIS PERTINENTES AO ICMS. INFORMAÇÕES OBTIDAS PELO FISCO DIRETAMENTE ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. AUSÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO. FALTA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO CONTRIBUINTE QUE IMPLICA NA NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO PELO FISCO. INTELIGÊNCIA DO DECIDIDO PELO E. STF NAS ADIS 2.390, 2.386, 2.397 E 2.859. NULIDADE DA CDA MANTIDA. HONORÁRIOS FIXADOS NO PERCENTUAL MÍNIMO PREVISTO EM LEI. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. MAIORIA DE VOTOS. 1. Não há violação ao princípio da dialeticidade quando se extrai das razões recursais fundamento bastante a justificar o pedido de reforma

da Sentença. Preliminar de não conhecimento do recurso rejeitada. 2. Apelação interposta pelo Estado do Espírito Santo em face de Sentença na qual o Juiz julgou procedente pedido formulado por contribuinte em ação de embargos à execução fiscal. **2. Autuação fiscal fundada na alegada omissão de receita tributável, fato que teria sido constatado com base na diferença apurada entre os valores relativos as operações efetuadas pelo estabelecimento e informados pelas administradoras de cartões de débito e crédito e os valores declarados pelo contribuinte à Fazenda Estadual.** 3. Alegação do Fisco de que, nos casos de omissão de receita, mesmo por contribuintes optantes do Simples Nacional, aplica-se a Lei Estadual n.º 7.000/2001, nos termos do art.13, XIII, §1º da Lei Complementar n.º 123/2006 (Lei do Simples Nacional). 4. Informações obtidas das administradoras de cartões de crédito e débito que não representaria quebra de sigilo bancário. 5. As informações fiscais prestadas por administradoras de cartões de crédito e débito à Administração Tributária, não representam, por si só, violação ao sigilo bancário, conforme, definiu o e. STF quando declarou (ADI 2859) a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 105/01, a qual dispõe sobre o sigilo sobre as operações de instituições financeiras. 6. 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 traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal (e. STF, RE 601314, julgado com repercussão geral reconhecida). 7. A despeito da ausência de quebra de sigilo bancário, os Estados e Municípios não podem requisitar livremente informações das empresas administradoras de cartões de crédito e débito; devem, antes, regulamentar o modo de como estas informações serão obtidas para fins de resguardar as garantias processuais do contribuinte. Regulamentação que deve atender ao concluído pelo e. STF quando do julgamento conjunto das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. 8. Caso concreto onde não é possível identificar norma estadual que imponha a prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo, isto é, da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira, além de também não haver regra respeitante à submissão do pedido a um superior hierárquico do agente fiscal requerente, condições estabelecidas pelo e. STF para permitir a solicitação de informações bancárias das administradoras de cartões de crédito e débito. 9. Autuação fiscal, na espécie, que se iniciou apenas com a lavratura do auto de infração, que, por sua vez, decorreu de informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito ao Auditor Fiscal da Receita Estadual, ou seja, não houve prévia notificação da Apelada, circunstância que revela a invalidade de todo o procedimento fiscal. Precedente do e. TJES em caso semelhante. 10. Não se há falar em redução de verba honorária de sucumbência quando já fixada no percentual mínimo previsto em lei. 11. Recurso conhecido e desprovido por maioria de votos. 12. Divergência que concluiu pela inexistência de ilicitude praticada pelo Fisco e pela incidência do RICMS em lugar das normas constantes na Lei do Simples Nacional, apenas com redução do valor da multa fiscal. (TJES, Classe: Apelação Cível, 024190022871, Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA - Relator Substituto: RAIMUNDO SIQUEIRA RIBEIRO, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/08/2022, Data da Publicação no Diário: 31/08/2022).

Neste passo, e a partir dessas considerações, reputo configurada a probabilidade de prover o pleito recursal, de modo que, sem prejuízo da acurada e oportuna análise acerca das questões versadas nesta espécie recursal, **DEFIRO** o efeito ativo postulado, a fim de suspender da exigibilidade do crédito tributário individualizado no auto de infração nº 5.052.575-5.

Intime-se a agravante, do inteiro teor desta. Intime-se também o agravado para os termos do art. 1.019, inc. II, do CPC.

Por conseguinte, cientifique-se o julgador *a quo* do presente *decisum*, e, na mesma diligência, requisitem-se informações.

Diligencie-se.

Vitória (ES), 21 de março de 2023.

**JORGE DO NASCIMENTO VIANA**  
Desembargador Relator