

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DÉCIO NOTARANGELI – 9ª CAMARA DE DIREITO PÚBLICO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SALA 241

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 990.10.578101-2

Agravante: **W2G2 S/A**

Agravada: **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por sua Procuradora que esta subscreve, vem à presença de Vossas Excelências apresentar MEMORIAIS ao recurso de agravo de instrumento interposto pela executada, fazendo-o nos exatos termos permitidos pelo Direito esperando, ao final, ver providas suas razões de ingresso.

1. Síntese dos fatos

Trata-se de Execução Fiscal ajuizada para cobrança de ICMS proveniente de saldo remanescente de parcelamento interrompido, nos termos dos artigos 56 e 58 da Lei 6374/89, para cobrança de R\$ 2.902,86 (Dois mil, novecentos e dois reais e oitenta e seis centavos), hoje atualizado para R\$ 4.825,57.

A executada, empresa do ramo de comércio de medicamentos, perfumarias, acessórios e correlatos foi citada na execução fiscal em epígrafe em 03 de janeiro de 2007, e penhorados bens de seu estoque rotativo em 19 de janeiro do mesmo ano.

Referidos bens nos quais se inserem medicamentos, produtos de higiene, entre outros, todos componentes do seu estoque rotativo se encontravam dispersos em suas mais de dez lojas.

O leilão dos bens restou infrutífero.

Posteriormente, em março de 2009, a executada requereu a substituição dos bens posto tratar-se de bens fungíveis, cuja deteriorização ocorre naturalmente com o passar do tempo, substituição essa aceita pelo D. Magistrado *a quo* e também pela FESP.

Não satisfeita a executada, e mais uma vez tentando esquivar-se do adimplemento dos impostos, requereu a dilação do prazo para assinatura do Termo de Penhora.

Após todo o percurso mencionado, a FESP em outubro do corrente ano, considerando o fracasso dos diversos leilões, onde não houve arrematação de um produto sequer, requereu a penhora de quinze por cento do faturamento da empresa devedora, e posteriormente a penhora de recebíveis dos cartões de crédito/débito.

Todas as medidas tomadas na Execução Fiscal 18825/2006 fracassaram, e justamente nesse enredo foi requerida a penhora sobre recebíveis de cartões crédito/débito.

Considerando tratar-se de devedora contumaz, devedora de mais de R\$ 17.540.606,61 (Dezessete milhões, quinhentos e quarenta mil, seiscentos e seis reais e sessenta e um centavos) para a Fazenda do Estado, com inúmeras execuções fiscais na região da baixada santista, seja por débito declarado e não pago, seja pela lavratura de auto de infração e imposição de multa, sendo que em nenhuma delas localiza-se bens da sociedade, inclusive ativos financeiros, a medida a ser tomada em outubro de 2010 foi a penhora de recebíveis dos cartões de crédito e débito.

Com efeito, a Secretaria da Fazenda, tomando conhecimento do fato, disponibilizou a movimentação dos cartões de crédito, fato não ensejador da quebra do sigilo fiscal como a frente será demonstrado pela agravada, de modo a possibilitar a visualização do total recebível por cartões de crédito ou débito, em contraposição ao devido na execução fiscal ora discutida.

A partir desse levantamento, as Delegacias Tributárias elaboraram notas técnicas aptas a subsidiar todo o procedimento.

Ora, Excelências, se trata de importante devedora no Estado de São Paulo, cujo faturamento declarado ao Fisco Paulista para o ano de 2009 foi de R\$ 38.878.298,57 (Trinta e oito milhões, oitocentos e setenta e oito mil, duzentos e noventa e oito reais e cinquenta e sete centavos), sendo que a Fazenda não consegue receber seus créditos, créditos estes de extrema relevância quando considerados no panorama social.

E mais, conforme consulta no Cadastro da JUCESP verifica-se que a agravante alterou sua razão social inúmeras vezes nos últimos anos, sendo Drogaria São Carlos Ltda., Irmãos Geraigire Ltda., Rocha Dias e Cia. Ltda. F.M. Carvalho e Cia. Ltda., Drogaria Iporanga Ltda. E W2G2 Ltda., transformada finalmente em S/A.

Assim, diante do noticiado, foi requerido o bloqueio e a posterior penhora sobre os créditos provenientes das vendas realizadas por intermédio das operadoras de cartão de crédito e débito, assim decidindo o I. Magistrado *a quo*:

“1. Defiro a substituição da penhora.

2. Oficie-se às empresas operadoras de cartões de crédito para o depósito em conta judicial do valor devido”

Os argumentos trazidos pela Agravante, entretanto, não têm o condão de apontar qualquer mácula na respeitável decisão injustamente guerreada, inexistindo mácula apta a expurgá-la do mundo jurídico, conforme passaremos a demonstrar.

2. Da recuperação judicial alegada pela agravante

Alega a executada, que a sociedade encontra-se em recuperação judicial, de modo que a referida penhora prejudicaria o cumprimento do plano assumido em sede de recuperação, acarretando o descumprimento de seus compromissos com os outros credores.

Sem razão a executada.

Inicialmente cumpre ressaltar que os créditos fiscais não se sujeitam ao procedimento de recuperação judicial, conforme prevê o artigo 6º, parágrafo 7º da Lei 11.101/2005, e artigo 76 da mesma Lei, merecendo transcrição:

“Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Art 76 O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.”

Assim já decidiu o Egrégio Tribunal Bandeirante:

“EXECUÇÃO FISCAL. PESSOA JURÍDICA. PENHORA DE ATIVOS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. A simples circunstância de a pessoa jurídica executada estar em processo de recuperação judicial não lhe confere qualquer direito à assistência judiciária.

2. Os créditos fiscais não se sujeitam ao procedimento de recuperação judicial não sendo admissível a exclusão da penhora de ativos financeiros conforme prevista pela lei nº 11382/2006. Agravo Improvido. (AI n. 923.973.5/8-00, rel. Des. Laerte Sampaio, j. 01/12/2009).” (Grifos nossos)

“CUSTAS - Diferimento - Sociedade empresária em recuperação judicial - Crédito fiscal (preparo) não sujeito ao regime de liquidação (art. 6o, § 7º, Lei 11.101/05) - Presunção de que crise econômica anunciada não impede cumprimento das exigências legais (art. 58, Lei 11.101/05) - Dever de recolhimento em todas as ações e recursos, sob pena de sua inadimplência dar causa a pedido falimentar (art. 73, IV, § único, LREF) - Diferimento indeferido - Agravo de instrumento improvido, concedendo-se novo prazo para recolhimento do preparo e do porte de remessa e retorno dos autos, sob pena de deserção. (AI n. 7327970-4, rel Des. Ricardo Negrão, j. 29/06/2009).” (Grifos nossos)

Pode-se concluir que, a não aplicação dos artigos 655, inciso I do Código de Processo Civil e artigo 11 da Lei de Execução Fiscal, significa sujeitar o crédito fiscal aos efeitos do procedimento de recuperação judicial, o que contraria frontalmente o disposto na Lei de Falência.

E mais, prevê o artigo 187 do Código Tributário Nacional:

“Art. 187 A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”

Em última análise, desobrigar a executada ora agravante de pagamento de impostos devidos ao Fisco, significa conceder remissão de dívida tributária não sujeita ao regime de recuperação judicial, tudo ao arrepio da lei. Ademais, o só fato de estar a empresa submetida ao regime de recuperação judicial não inviabiliza a penhora de eventuais valores bloqueados junto às administradoras de cartão crédito/débito.

Pede-se vênica para transcrição da jurisprudência que se amolda perfeitamente ao caso em concreto:

“Saliente-se, por fim, que a agravante nada comprova quanto à genérica alegação de que o bloqueio on line prejudicará sua recuperação. Não se desincumbiu do ônus que somente a ela cabia, e por isso o despacho impugnado, que atende ao interesse coletivo consistente na efetiva repressão aos ilícitos ambientais, deve prevalecer. AI n. 990.10.528412-4 - CAMPINAS - VOTO Nº 17.412, Rel Des. Renato Nalini”

Em suma, não possui respaldo jurídico a tese da contribuinte.

Mas, ainda que assim não fosse, é forçoso reconhecer que não existe, no caso, prova inequívoca de que a penhora de recebíveis comprometerá o aludido plano de recuperação judicial.

Ora, nobre Julgadores, se a contribuinte não provou por documentos que o bloqueio prejudicará a sua recuperação, a mera alegação genérica da agravante, que ora não se desincumbiu do ônus previsto no artigo 333, inciso I, do CPC, não pode e não deve prevalecer sobre o interesse público.

3. Do não cabimento da alegação de ser indevida a substituição de bens

A agravante tentando demonstrar sua boa-fé alega que nomeou bens à penhora, e na sequência, a agravada, sem qualquer justificativa, requereu a penhora sobre o faturamento da empresa, e posteriormente, também sem qualquer respaldo, requereu a penhora de recebíveis.

Sem qualquer fundamento a alegação da requerente.

Excelências, trata-se de grande devedora no Estado de São Paulo, que se furta em todas as execuções fiscais paulistas do pagamento de ICMS.

Em casos análogos da mesma devedora, a empresa nomeia bens à penhora,

bens esses de difícil comercialização, integrantes de seu estoque rotativo, portanto fungíveis, que não despertam interesse em hasta pública, apenas para o manejo de embargos à execução meramente protelatórios.

Ademais, no caso em concreto, é falsa a afirmação que a Fazenda “sem qualquer justificativa plausível requereu a penhora de 15% do faturamento bruto da empresa”.

Nobre Julgadores, a Execução Fiscal nº 18825/2006 para a cobrança de hoje pouco mais de 4 mil reais (considerando que a empresa lucrou mais de 38 milhões de reais no ano de 2009) foi ajuizada em outubro de 2006, sendo nomeados bens de difícil comercialização à penhora em janeiro de 2007, a própria agravante requereu a substituição dos bens por ela mesma nomeados em março de 2009, e posteriormente, em junho de 2009 ainda requereu mais dilação de prazo, desta vez para assinatura do Termo de Penhora.

Isto por si só não serve de justificativa para o Fisco, no atendimento do interesse público, qual seja, arrecadação de tributos de sua competência para o desenvolvimento do Estado, requerer a penhora sobre recebíveis de cartões de crédito/débito?

Assim, ao reverso do que sustenta a agravante, a penhora ora postulada nada tem de inconstitucional ou ilegal.

Na verdade, a medida foi requerida e decretada dentro de um cenário da mais completa inadimplência e descaso da devedora.

O comportamento padrão da agravante se repete em TODAS as execuções fiscais na Baixada Santista, e frise-se, não são poucas.

Primeiro ajuiza embargos à execução fiscal com objetivo de protelar ao máximo o início dos atos executivos.

Posteriormente, após o julgamento de todos os recursos, oferece à penhora ou deixa que sejam penhorados bens que compõe o seu estoque rotativo, leia-se que não despertam qualquer interesse em hasta pública e de difícil comercialização.

Excelências, quem em sã consciência comparece em Hasta Pública para arre-matar um sabonete infantil marca Xuxinha Tradicional, ou então duas chupetas marca Kuka?

Nesse sentido, após diversos leilões em outros processos que por óbvio restaram infrutíferos, restou ao Fisco o bloqueio de ativos financeiros, expedição de ofícios à Receita Federal para localização de outros bens, bem como a penhora de porcentagem do faturamento.

Tudo em vão. Essas medidas sempre fracassam!

E justamente diante desse cenário foi requerida e deferida pelo I. Juiz *a quo* a penhora sobre recebíveis de cartões de crédito/débito.

Desta feita, e por todo o exposto, conclui-se que a medida de substituição da forma de pagamento da Execução Fiscal *sub judice* para o bloqueio e posterior depósito em conta judicial até o limite da execução do valor recebido por meio de cartões de crédito e débito constitui a derradeira forma de o Estado de São Paulo receber seus créditos de ICMS, nada havendo de ilegal ou inconstitucional nessa medida.

4. Da penhora sobre o faturamento e a observância da ordem do artigo 11 da Lei 6.830/80

Alega a agravante que a penhora sobre o faturamento exige o cumprimento dos requisitos previstos nos artigos 655-A, parágrafo 3º, 678 e 719 do Código de Processo Civil, bem como que os devedores não possuam bens penhoráveis e este percentual não seja prejudicial ao exercício da atividade comercial do devedor, de modo que a penhora do faturamento é medida de exceção e não poderia ser feito pelo valor total sob pena de inviabilizar o funcionamento da sociedade.

Assevera ainda que a penhora de cartões de crédito, sendo penhora de faturamento, estaria na sétima posição de preferência, ao invés de primeiro, conforme artigo 655 do Rito.

Não assiste razão a agravante, como passaremos a demonstrar.

Ao contrário do que sustenta a agravante, a substituição da penhora foi absolutamente regular porquanto decretada como último recurso para a satisfação do crédito fiscal.

Inicialmente, cumpre destacar que a finalidade essencial da execução, conforme estatuído nos artigos 591 e 646 do Código de Processo Civil, que refletem o intuito final do procedimento executório, visa a quitação do débito.

Fazendo-se uma interpretação sistemática dos dispositivos supra citados, temos que deve-se aplicá-los em harmonia com o sistema, de modo que a frustração no pagamento dos débitos da executada não cause prejuízo ao exequente de seu crédito devidamente legitimado na Certidão de Dívida Ativa.

Sabe-se, conforme amplamente defendido na jurisprudência moderna que a penhora de ativos de cartões de crédito e débito não se enquadra na penhora de faturamento, mas sim penhora de dinheiro, vez que os créditos recebíveis podem ser convertidos em espécie, equivalentes a dinheiro, nos termos dos artigos 655, inciso I do CPC e do artigo 11 da Lei 6830/80 que é o primeiro na ordem de preferência.

Esse entendimento vale também para a penhora “on line” que assim como a penhora de ativos de cartões, são penhoras de dinheiro, sendo, portanto, desnecessárias as providências do artigo 655-A § 3º.

Assim, temos que a penhora sobre recebíveis de cartão de crédito/débito, vem ao encontro da gradação legal indicada no já citado artigo 655 do Estatuto dos Ritos, facilitando a quitação do débito, inclusive evitando-se gastos relativos à avaliação, editais e demais atos relativos ao praxeamento, que por vezes alcançam quantia superior à própria dívida, e muitas vezes não despertam interesse na praça.

A executada tem como atividade principal o comércio de medicamentos, perfumarias, acessórios e correlatos. Na prática, observou-se em suas diversas

execuções que foram nomeados à penhora produtos do gênero farmacêutico, e prevalecendo a penhora de tais bens, ocorreram em sequência atos inúteis, vez que não despertaram qualquer interesse em possíveis arrematantes, sendo que o dinheiro satisfará de vez o credor.

Sabe-se que o direito processual necessita de técnicas próprias dada sua condição de instrumento posto à disposição para satisfação do bem da vida, notadamente no processo de execução, merecendo especial atenção o princípio da efetividade da jurisdição.

E nessa esteira de pensamento, a penhora de dinheiro atende ao princípio da efetividade da jurisdição, bem como a plena satisfação do credor no processo executivo.

Conforme nos ensina o Professor Humberto Theodoro Junior¹:

“(...) Não se destina o procedimento previsto na Lei n. 6.830 o acerto da relação creditícia entre o Fisco e o contribuinte, nem à definição de responsabilidades outras relacionadas com o crédito tributário; mas apenas se volta para a expropriação de bens do devedor para a satisfação do direito do credor (CPC, art. 646).” (Grifos nossos)

Ademais, a penhora de numerário além de mais célere ao processo, pois favorece o alcance do objetivo da execução em prol do credor, inteligência do artigo 612 do CPC, igualmente trará benefício ao executado que não terá que arcar com os acréscimos decorrentes do praxeamento, cumprindo o artigo 620 do mesmo diploma legal.

Merece transcrição a jurisprudência mais recente de nossos Tribunais:

927852 JCPC. 655. I – EXECUÇÃO – PENHORA – ORDEM DE PREFERÊNCIA – PENHORA SOBRE CRÉDITOS JUNTO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES – As compras efetuadas por meio de cartões de crédito constituem-se em dinheiro pertencente à executada e não a terceiros. Legítima a penhora sobre tais créditos, à luz do art. 655, I do CPC – Segurança denegada. (TRT 2ª R. – Ac. 99005263 – SDI – Rel. Juiz Edilson Rodrigues – DOESP 30.04.1999. (Grifos nossos)

93005127 JCPC. 655 – PENHORA EM CRÉDITO – LEGITIMIDADE – Não se verifica qualquer irregularidade, ilegalidade ou abusividade no procedimento do MM Juízo a quo em deferir a penhora do crédito da executada junto a empresa administradora de cartões de crédito, vez que no momento oportuno, a impetrante não indicou, bens de sua propriedade, livres, desembaraçados e com liquidez suficiente para a garantia do crédito exequendo. Créditos que podem ser convertidos em espécie, equivalem a dinheiro e este figura em primeiro lugar no rol discriminado no artigo 655 do Código de Processo Civil, e traz efetivamente à execução, facilitando a satisfação do crédito exequendo. Nem se cogite

1 Theodoro Junior, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*, 11ª edição, Editora Saraiva, página 08.

que tal excussão deva ser obstada, pois capaz de, indisponibilizando o capital de giro da empresa, acarretar-lhe inúmeros prejuízos no cumprimento de seus encargos sociais. Isto porque, além de a mesma correr os riscos de seu empreendimento, os créditos trabalhistas são superprivilegiados, preferindo a quaisquer outros, a teor do que dispõe o artigo 186 do Código Tributário Nacional (exceção feita apenas aos créditos advindos de acidente de trabalho). Segurança denegada. (TRT 2ª R. – Proc. 01420/99-3 – (200002267) – SDI – Rel. Juiz Benedito José Pinheiro Ribeiro – DOESP 14.03.2000)(Grifos nossos)

30028713 – MANDADO DE SEGURANÇA – PENHORA DE DIREITOS DE CRÉDITO – CARTÕES DE CRÉDITO – ORDEM LEGAL DO ART. 655 DO CPC – A ordem de nomeação de bens à penhora, estabelecida no art. 655 do CPC, não é aleatória e deve ser respeitada pelo devedor. Eventual desobediência à referida ordem implica passar ao credor o direito à indicação do bem a ser penhorado, caso discorde da oferta do devedor. Há que se ressaltar que o crédito relativo ao movimento de vendas da Reclamada com cartões de crédito, em termos de liquidez, equivale a dinheiro, primeiro bem na lista preferencial do art. 655. (TST – ROMS 360800/1997 – SBDI 2 – Rel. Min. José Carlos Perret Schulte – DJU 13.08.1999 – p. 00024)(Grifos nossos)

32027431 – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA – 1 Penhora de créditos junto à companhia de Cartões de Crédito relativos a diárias de hospedagem. O pagamento de hospedagens através de cartão de crédito constitui apenas uma parte da receita do hotel. Muitos hóspedes quitam as suas contas através de cheques. Não se caracteriza penhora da renda diária do hotel. Trata-se de verdadeiros créditos, pois no momento que é aceito o pagamento através de cartão de crédito, o hotel passa a ter um crédito a ser recebido junto à companhia de cartões de créditos. 2. A penhora deve recair em bens da executada e não de terceiros. Penhora mantida. Agravo regimental desprovido. (TJDF – AI 916897 – (Reg. 96) – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Campos Amaral – DJU 25.03.1998)

Assim também manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“REsp 1101288/RS RECURSO ESPECIAL 2008/0241056-0 Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 02/04/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 20/04/2009

Ementa PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO PENHORA ON LINE ARTS 655 E 655-A DO CPC ART 185-ADO CTN SISTEMA BACEN-JUD PEDIDO REALIZADO NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DA LEI N 11 382, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2006 PENHORA ENTENDIDA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL NÃO COMPROVAÇÃO DO EXAURIMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA BUSCA DE BENS DE EXECUTADO SÚMULA N 7/STJ NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ APLICÁVEL AOS PEDIDOS FEITOS NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DA ALUDIDA LEI RECURSO ESPECIAL PROVIDO

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de

ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existência de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora.

2. Sobre o tema, esta Corte estabeleceu dois entendimentos, segundo a data em que foi requerida a penhora, se antes ou após a vigência da Lei n. 11.382/2006.

3. A primeira, aplicável aos pedidos formulados antes da vigência da aludida lei. No sentido de que a penhora pelo sistema Bacen-JUD é medida excepcional, cabível apenas quando o exequente comprova que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado. Na maioria desses julgados, o STJ assevera que discutir a comprovação desse exaurimento esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. Por sua vez, a segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei n. 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie.

5. No caso em apreço, o Tribunal a quo indeferiu o pedido de penhora justamente porque a considerou como medida extrema, não tendo sido comprovada a realização de diligências hábeis a encontrar bens a serem penhorados.

6. Como o pedido foi realizado dentro do período de vigência da Lei n. 11.382/2006, aplica-se o segundo entendimento.

7. Recurso especial provido.” (Grifos nossos)

Por todo o exposto até o presente momento temos que a penhora de recebíveis de cartão de crédito/débito equivale a dinheiro, obedecida, portanto, a ordem prevista nos artigos 11 da Lei de Execução Fiscal, e 655, inciso I do Código de Processo Civil, sendo irrelevante qualquer discussão acerca da aplicação do parágrafo 3º do artigo 655-A, pois conforme amplamente debatido, penhora de recebíveis de cartão de crédito/débito não se assemelha à penhora sobre faturamento.

5. Da satisfação do crédito. Interpretação do artigo 620 c.c. 612 do Código de Processo Civil

Sustenta a executada-agravante que o artigo 620 do CPC determina que a execução quando puder ser promovida por outros meios, deverá ser escolhido o meio menos gravoso ao devedor, o que não foi feito nos autos em testilha.

Trata-se de execução fiscal proposta com o objetivo de receber créditos provenientes de ICMS não pagos pelo contribuinte.

Ora, o interesse público não pode se subordinar ao do particular! O requerimento de bloqueio e posterior penhora dos recebíveis da empresa é a única forma que a exequente tem de tentar obter o pagamento dos impostos devidos pela empresa executada.

De fundamental importância a cobrança do débito, pois a execução fiscal confirma a resposta estatal de combate aos inadimplentes, e tem por escopo re-

ceber valores que serão aplicados em obras sociais, bem como na manutenção da Administração Pública.

Reitere-se: a agravante-executada afirma o descabimento da penhora de recebíveis de cartões, mas não oferece qualquer alternativa em substituição, apenas tenta protelar o feito esquivando-se do pagamento.

Por outro lado, não se pode levar em consideração a genérica afirmação de maior onerosidade com perigo de dano irreparável.

Conquanto o artigo 620 do Código de Processo Civil consagre o princípio da menor onerosidade para o devedor, tal dispositivo não tem a propriedade de subverter a ordem prescrita no artigo 11 da LEF, principalmente se isso significar frustração do objetivo da execução.

Ao lado do princípio da menor onerosidade, há de se levar em conta o disposto no artigo 612 do Código dos Ritos, e no caso em tela, o interesse do credor se confunde com toda a sociedade, beneficiária do valor arrecadado a título de impostos estatais.

Vem sendo decidido que “a tese de violação do Princípio da Menor Onerosidade não pode ser defendida de modo genérico ou simplesmente retórico, cabendo à parte executada a comprovação, inequívoca, dos prejuízos a serem efetivamente suportados, bem como da possibilidade, sem comprometimento dos objetivos do processo de execução, de satisfação da pretensão creditória por outros meios.”(AgRg no REsp 1103760/ CE).

É a posição dos Tribunais:

“2007.002.15710 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. FABRICIO BANDEIRA FILHO - Julgamento: 08/08/2007 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Execução. Penhora de crédito da empresa devedora perante terceiros, em percentual que se situa nos limites da razoabilidade. Possibilidade. O princípio de que a execução deva ser processada de maneira menos gravosa para o devedor não tem como contrapartida que o deva ser de forma mais onerosa para o credor. Percentual fixado pela decisão agravada que não inviabiliza o negócio da executada. Decisão mantida. Agravo improvido”.

Afirma o professor Cassio Scarpinella Bueno² ao dispor sobre o princípio do resultado do processo executivo:

“De acordo com o princípio do resultado, que tem fundamento no artigo 612, a tutela jurisdicional executiva, e conseqüentemente, a prática de atos que se fazem necessários para a sua prestação devem ser pensados com vistas à satisfação do exequente. O dispositivo é expresso

2 Scarpinella Bueno, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 3, 2ª edição, página 24.

no sentido de que “realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”. E prossegue: “Parelho a este princípio é bastante freqüente haver menção a outro, o da máxima utilidade da execução, construído a partir do disposto nos arts. 577, 579, 599, 600 e 601, que expressamente reconhecem o munus público do Estado-juiz ao longo da prestação jurisdicional executiva, autorizando-o a tomar providências, até mesmo de ofício, para, a um só tempo, criar condições de prevalecimento do direito tal qual reconhecido no título – e, conseqüentemente, a satisfação plena do exeqüente – e reprimir quaisquer atos do executado (ou de terceiros) que, de alguma forma, busquem ilegítimamente frustrar aquela função”.

6. Da ausência de quebra de sigilo bancário pela fazenda estadual

Alega a executada que houve quebra ilegal do sigilo bancário na medida em que a Procuradoria Estadual utilizou-se da movimentação financeira da agravante junto às administradoras de cartões.

Com relação à alegação de quebra de sigilo bancário, esta não deve prosperar, conforme será demonstrado.

O sigilo bancário foi disciplinado pela primeira vez com o advento da Lei 4595/1964, disciplinadora sobre a política e as instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, e em seu artigo 38, § 5º prescrevia que:

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

(...)

§ 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”.

Todavia, o indigitado preceptivo foi revogado pela Lei Complementar 105/2001, que por sua vez, autorizou a quebra de sigilo pela Administração sem autorização judicial, seja através de informes bancários, seja realizada no âmbito de procedimento ou processo administrativo tributário.

Assim prevê a Lei Complementar 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.

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.”

O Estado de São Paulo, por sua vez, regulamentando a Lei Complementar 105/2001, editou a Decreto 54.240/2009, cujo previu a requisição, acesso e uso pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas, que assim dispôs:

“Art. 1º Este Decreto regulamenta a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, nos termos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, bem como estabelece os procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas.

Art. 2º A requisição de informações de que trata o artigo 1º somente poderá ser emitida pela Secretaria da Fazenda quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.”

Para que fosse possível então, dar cumprimento ao acesso de dados bem como a preservação de seu sigilo com o Fisco, a Portaria CAT 80/2001 determinou que “o contribuinte usuário de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF que aceitar cartão de crédito ou débito como meio de pagamento das vendas realizadas e utilizar “Point of Sale” (POS) ou equipamento manual para a impressão do comprovante de pagamento ao invés de imprimi-lo por meio do ECF, deverá optar, até 31 de outubro de 2001, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito a fornecer à Secretaria da Fazenda informações sobre o faturamento do estabelecimento.”

Posteriormente, a Portaria CAT 87/2006, ao disciplinar a entrega de arquivo eletrônico pela empresa administradora de cartões de crédito/débito, determinou em seu artigo 1º que “a empresa administradora de cartões de crédito ou débito entregará à Secretaria da Fazenda, até o dia 20 de cada mês, as informações relativas a operações de crédito ou de débito realizadas, no mês anterior, pelos estabelecimentos de contribuintes do ICMS localizados neste Estado, gravadas em mídia ótica não regravável”, sendo que essas informações deverão ser fornecidas por número de inscrição no CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

Ao ser analisado o caso *sub judice*, percebe-se que não houve qualquer violação das informações de movimentação bancária da executada, como por exemplo, quanto dinheiro entrou nos cofres da empresa, quanto saiu, para onde saiu, o porquê saiu, ou algo do gênero.

A Fazenda somente tem acesso aos dados, devido à utilização do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, bem como do “Point of Sale” (POS). Ter acesso aos dados não implica quebra de sigilo.

Ora, Excelências, o Fisco não divulga qualquer elemento decorrente do aces-

so à movimentação, o que há na verdade, é a mera transferência de informações da administradora de cartões para a Fazenda, de modo que o sigilo resta protegido, e restam obedecidos os artigos 5º, incisos X e XII da Carta Magna, e 198 do Código Tributário Nacional.

Vale ressaltar que não há qualquer violação às regras procedimentais. A uma porque os ativos de cartões são apenas uma parte do faturamento da sociedade empresária, sendo que este é complementado por dinheiro e títulos de créditos. A duas porque a Fazenda se utilizou de dados que são encaminhados pelo próprio contribuinte ou operadoras como obrigação tributária acessória.

Ademais, qualquer alegação de inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 cai por terra ao considerarmos que a referida lei é procedimental, ela não cria ou aumenta tributo, mas tão somente estabelece novos procedimentos de fiscalização, portanto em conformidade também com o artigo 144, § 1º do Código Tributário Nacional.

Assim, por todo o exposto, resta claro que não houve qualquer afronta à Constituição Federal ou às Leis como quer levar a crer a agravante.

A planilha onde consta a movimentação financeira da empresa W2G2, cuja demonstra o faturamento de 2009 declarado ao Fisco no importe de R\$ 38.878.298,57 (Trinta e oito milhões, oitocentos e setenta e oito mil, e cinquenta e sete reais), foi obtida através da própria utilização do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF pela empresa, o que subsidiou toda a investigação da empresa mencionada pela Secretaria da Fazenda.

Por derradeiro, não há que se perder de vista tratar-se de contribuinte com inúmeros débitos inscritos na dívida ativa, de montante relevante, cujo faturamento também acompanha a grandeza da sociedade, bem como sua inadimplência.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Fazenda do Estado requer seja negado provimento ao recurso interposto pela executada, mantendo-se a decisão guerreada por seus próprios e bem lançados fundamentos, prosseguindo-se a execução fiscal, por medida de lúdima JUSTIÇA!

Nestes termos,
Pede deferimento.

Santos, 28 de janeiro de 2.011.
ADRIANA BRIENCE DA SILVA
Procuradora do Estado
OAB-SP 214.440

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Acórdão/Decisão Monocrática
Registrado (A) Sob Nº 03392340
Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0578101-48.2010.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante W2G2 S/A sendo agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO GOMES (Presidente) e DE PAULA SANTOS.

São Paulo, 02 de fevereiro de 2011.

Décio Notarangeli
Relator

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

NONA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

VOTO Nº 7.744

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0578101-48.2010.8.26.0000 - SANTOS

AGRAVANTE: W2G2 S / A

AGRAVADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUIZ DE 1ª INSTÂNCIA: JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - ICMS -EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE CRÉDITOS - OPERAÇÕES JUNTO A ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO.

É legítima a penhora de créditos ou outros direitos patrimoniais (arts. 655, XI, e 671, CPC; art. 11, VIII, da Lei nº 6.830/80). Modalidade constritiva própria que não se confunde com a penhora sobre percentual do faturamento da empresa devedora (art. 655, VII, CPC). Decisão mantida. Recurso não provido.

É agravo de instrumento tempestivo tirado de execução fiscal e de decisão que deferiu pedido de substituição de penhora determinando que as empresas administradoras de cartões de crédito depositem em conta judicial o valor devido.

Alega-se, em síntese, que a medida é descabida e inoportuna, pois a execução

se acha garantida por bens integrantes do estoque rotativo, os quais nem sequer foram levados a leilão. Além disso, mostra-se ilegal, pois ausentes os requisitos dos artigos 655-A, § 3º, 678 e 719, do CPC, o que coloca em risco a higidez financeira da executada, que se acha em regime de recuperação judicial. De resto, argumenta a devedora com a aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 CPC) e com a quebra ilegal de seu sigilo bancário.

Negado efeito suspensivo ao recurso, foram dispensadas informações do juiz da causa e resposta da agravada.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Volta-se o inconformismo contra decisão que deferiu a indisponibilidade de créditos que a executada tem a receber de empresas administradoras de cartões de crédito, em razão de compras efetuadas por seus clientes por meio de cartão de crédito.

Não se desconhece o princípio da menor onerosidade da execução (art. 620 do CPC). Entretanto, não se pode olvidar que a execução é realizada no interesse do credor (art. 612 CPC), de forma que a aplicação desses princípios há de ser harmonizada para que a prevalência de um não implique necessariamente no sacrifício do outro.

Por outro lado, é direito da Fazenda Pública, em qualquer fase do processo, obter a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no art. 11, bem como o reforço da penhora insuficiente (art. 15, II, da Lei nº 6.830/80). No mesmo sentido dispõe a lei processual civil acerca da matéria (art. 656, V e VI, CPC).

No caso concreto, a indisponibilidade foi decretada pelo MM. Juízo *a quo* a pedido da exequente e na consideração de que os bens penhorados – medicamentos por sua especificidade são de difícil alienação pelo reduzido interesse de terceiros em sua arrematação, o que se mostra razoável. Partindo a ordem de autoridade judiciária, não há falar em inconstitucionalidade, mesmo porque o direito ao sigilo de dados não é absoluto devendo ser interpretado segundo a teoria da harmonização.

A penhora sobre créditos ou outros direitos patrimoniais é medida que tem pleno respaldo e se acha expressamente prevista na lei (arts. 655, XI, e 671, ambos do CPC; art. 11, VIII, da Lei nº 6.830/80), nada havendo de ilegal ou irregular nessa forma de constrição.

A propósito esse o ensinamento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR para quem a “penhora pode recair sobre créditos vincendos exigíveis em prestações ou sujeitos a juros periódicos, Quando isto ocorre, o terceiro fica obrigado a depositar em juízo os juros, rendas ou prestações à medida que se vencerem. O exequente, após cada depósito, observado o art. 475-0, inc. III (quando for o caso), poderá levantar as importâncias respectivas, abatendo-as parceladamente de seu crédito, conforme as regras da imputação em pagamento, que consta dos arts.

352 a 355 do novo Código Civil (art. 675 do CPC)” (Curso de Direito Processual Civil, Volume II, Forense, 41ª edição, 2007, pág. 332).

No mesmo sentido a doutrina de ARAKEN DE ASSIS ao observar que a “penhora de crédito abrange o dinheiro do executado em mãos de terceiro, quaisquer créditos que não permitam apreensão por sua imaterialidade, presentes ou futuros, títulos diversos (art. 672, *caput*), direitos potestativos, inclusive já litigiosos (art. 674). Compete ao exequente individuar cabalmente o objeto da penhora. Impõe-se, paralelamente à liberdade do credor em formular o objeto litigioso da sua demanda, a indicação ‘da coisa ou da soma devida*** (Manual da Execução, RT, 11ª edição, 2007, pág. 640).

Não há confundir a indisponibilidade com a penhora sobre percentual do faturamento da empresa devedora (art. 655, VII, CPC), pois a venda e compra de medicamentos não tem seu pagamento exclusivo por meio de cartão de crédito. Ao contrário, a experiência comum ensina que a maior parte das vendas no comércio varejista se faz mediante pagamento à vista, em dinheiro ou por meio de cheques. Logo, não há falar que a penhora de haveres decorrentes de compras efetuadas com cartão de crédito se caracteriza ou se equipara à penhora sobre a fêria diária ou o faturamento do estabelecimento comercial.

A propósito, esse o entendimento assentado em venerando aresto de que foi relator o eminente Desembargador Laerte Sampaio, cuja ementa está assim redigida:

“Execução fiscal. Penhora. Valores depositados. Créditos de cartão de crédito.

1. Inadmissível a nomeação à penhora de dinheiro depositado em ação consignatária pela qual se objetiva a quitação de créditos tributários anteriores ao relativo à pretensão satisfativa.

2. A penhora de crédito da executada em poder da administradora de cartões de crédito não se identifica com a penhora do faturamento da devedora e não obsta a atividade mercantil, pois, além de ser limitado a valor insignificante em relação àquele, não representa a exclusividade do aporte financeiro ao caixa. Agravo Improvido” (Agravo de Instrumento nº 711.626-5/4-00, Terceira Câmara de Direito Público, j. 04/03/08).

Ressalte-se, por fim, que dado o reduzido valor do crédito tributário - menos de R\$. 5.000,00 (fls. 55) - inexistente risco de comprometimento da higidez financeira da agravante.

Por essas razões nega-se provimento ao recurso.

DÉCIO NOTARANGELI
Relator