



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ____ VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

“Vê-se, portanto, que o objeto normal do mandado de segurança é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.”
(MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42 - destacamos)

CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CIESP, sociedade civil sem fins lucrativos, com sede e foro na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Paulista nº 1.313, 14º andar, inscrita no CNPJ sob o nº 62.226.170/0001-46, por seus advogados que esta subscrevem (doc. 01), vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., com fundamento no artigo 5º, incisos LXIX e LXX, alínea “b”, da Constituição Federal e nos artigos 1º e 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, impetrar, na qualidade de substituto processual de seus associados, o presente **MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR** contra ato do Sr. Diretor-Executivo da Administração Tributária do Estado de São Paulo, representado pela observância do Decreto Estadual nº 54.240, de 14 de abril de 2009, ato este violador de direito líquido e certo daqueles, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.



I - DOS FATOS

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da organização político-administrativa do Estado estabelece, em seus artigos, as diversas competências dos entes federativos, a saber, a União, os Estados-membros e o Distrito Federal e os Municípios.

No tocante à matéria financeira, a Carta Magna prescreve, no inciso I do artigo 24, que a competência para legislar sobre a mesma será exercida de forma concorrente pela União, Estados-membros e Distrito Federal, nos seguintes termos:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;”

Lecionando acerca da matéria, Raul Machado Horta assim se posiciona:

“As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as normas gerais do Direito Constitucional Brasileiro”¹.

Resta claro, portanto, que no concernente à

¹ MACHADO HORTA, Raul. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 366.



competência concorrente prevista no artigo 24 da Carta Magna, a manifestação de um dos entes federativos ali elencados não esgota a matéria, estabelecendo-se dois campos distintos para o exercício da prerrogativa legislativa: um geral pertencente à União, e outro, mais específico, destinado aos Estados-membros e ao Distrito Federal.

Em observância também a essa dicotomia estabelecida no artigo 24 da Carta Magna, a Carta Política estadual, ao dispor a respeito das atribuições de seu (dela) Poder Legislativo, no *caput* de seu artigo 19, fixou, expressamente, que *“compete à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, ressalvadas as especificadas no art. 20 e especialmente sobre: (...)”*.

Como se depreende do até aqui exposto, resta claro que, em matéria de competência concorrente, porquanto a União seja competente para estabelecer as regras gerais, aos Estados membros e ao Distrito Federal compete a tarefa de complementar a legislação federal, devendo fazê-lo mediante lei estadual.

Assim é que, em matéria de sigilo das operações de instituições financeiras, a União Federal fez editar a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, a qual, em seu artigo 6º, buscou estabelecer as hipóteses em que o sigilo bancário do contribuinte poderia ser violado, fazendo-o nos seguintes termos:

“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 depósito 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, e as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”



Percebe-se, da mera análise do texto legal retro transcrito, que muito embora a Lei Complementar nº 105 tenha albergado a possibilidade das autoridades fiscais examinarem os livros e registros de instituições financeiras relativos aos contribuintes que tiveram contra si instaurados processos administrativos ou procedimentos fiscais em curso, aquela não esgotou o assunto, restando à legislação estadual, por força da competência concorrente, a tarefa de estabelecer as hipóteses e o modo como as informações ditas indispensáveis seriam prestadas.

Ocorre que, em que pese se estar diante de clara hipótese de exigência de lei para dispor acerca das questões afeitas ao sigilo das informações financeiras, no dia 14 de abril de 2009, o governo do Estado de São Paulo tornou público o Decreto nº 54.240, “regulamentando” a aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, relativamente à 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.

De acordo com o § 2º do seu (dele) artigo 2º, a *“Secretaria da Fazenda poderá requisitar informações relativas ao sujeito passivo da obrigação tributária objeto do processo administrativo tributário ou do procedimento de fiscalização em curso, bem como de seus sócios, administradores e de terceiros ainda que indiretamente vinculados aos fatos ou ao contribuinte, desde que, em qualquer caso, as informações sejam indispensáveis”*.

Ocorre que, ao assim agir o retro mencionado Decreto nº 54.240/2009 acabou por violar os mais mezinhos princípios de Direito, arrastando sobre si a pecha da inconstitucionalidade e da ilegalidade,



devendo ser, sem mais delongas, expurgado do ordenamento jurídico pátrio, de forma a não causar quaisquer prejuízos às indústrias substituídas pela Impetrante que vierem a ser atingidas pelas suas espúrias determinações.

Com efeito, como adiante restará devidamente evidenciado, ao pretender disciplinar, através de normativo infra-legal emanado do Poder Executivo, questões relativas ao direito financeiro (especificamente aquelas relacionadas ao sigilo dos livros, documentos e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósito e aplicações financeiras), que exigem edição de lei, por força do disposto na Constituição Federal, restou vulnerado o Princípio da Legalidade, acarretando, via de consequência, na inconstitucionalidade do ora combatido Decreto nº 54.240/2009.

Como se não bastasse isso para inquirar o referido Decreto com a indelével pecha da inconstitucionalidade, aquele, muito embora proveniente do Exmo. Sr. Governador do Estado, supremo mandatário do Poder Executivo paulista, visa regulamentar a legislação federal, em evidente ofensa à competência expressa no inciso III do artigo 47 da Carta Magna estadual².

Ademais, além de completamente inconstitucional, o referido Decreto encontra-se ainda eivado de ilegalidade, uma vez que, ao estabelecer a possibilidade de quebra de sigilo bancário também para os sócios, administradores e terceiros, além do próprio sujeito passivo da obrigação tributária, aquele acabou por extrapolar os limites impostos pela Lei

² Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:
(omissis)
III – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.



Complementar nº 105, a qual a indigitada norma infralegal pretende “regulamentar”.

Antes de se debruçar com mais vagar sobre essas questões, entretanto, cumpre-se esclarecer o cabimento do presente *mandamus* coletivo, a legitimidade ativa da Impetrante e passiva do Impetrado. Senão vejamos.

II - DO CABIMENTO DO PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, DA LEGITIMIDADE ATIVA DA IMPETRANTE E PASSIVA DO IMPETRADO E DA CARACTERIZAÇÃO DO ATO COATOR

Anteriormente à exposição do direito líquido e certo dos substituídos, vale fazer breve demonstração do cabimento do presente remédio jurídico, assim como da legitimidade ativa do Impetrante para sua impetração e da legitimidade passiva do Impetrado.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIX, estabelece que *“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”*.

Ainda com relação ao mandado de segurança, a Lei Maior dispõe que esta ação mandamental pode visar a salvaguarda de direito coletivo e, neste caso, ser ajuizada por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (artigo 5º, inciso LXX, CF).



Registre-se, desde logo, que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXX, não criou novo *writ* constitucional. Apenas conferiu ao mandado de segurança coletivo legitimação ativa diferenciada. Esse, inclusive, é o entendimento do ilustre processualista J. J. Calmon de Passos, a saber:

“Não se cuida, cumpre logo dizer e fundamentar, de uma nova garantia constitucional. Estamos diante do velho mandado de segurança, ampliado em termos de legitimação para sua propositura...” (in Mandado de segurança coletivo, Mandado de injunção, “Habeas data”, p. 07).

Vicente Greco Filho, de modo sintético, assevera que *“o mandado de segurança coletivo mandado de segurança é, e, portanto, deve ser interpretado a partir dele”* (in “Tutela constitucional das liberdades”, p. 168).

Lourival Gonçalves de Oliveira, sobre o tema, é bastante preciso:

“Distinguem-se o mandado de segurança singular e coletivo pela legitimação que se estabelece neste em razão daquele, objetivando não mais a defesa de um interesse individual, mas coletivo. Trata-se, pois, na realidade, de elemento circunstancial que não confere autonomia, mas, tão-somente, caracteriza espécie, já que mantido um único elemento preponderante e a se dizer comum, típico do remédio em qualquer de suas espécies, a existência de direito líquido e certo atingido ou ameaçado por ato ilegal ou arbitrário de autoridade ou do agente no exercício do Poder Público” (in “Interesse processual e mandado de segurança coletivo”, Revista Ajufe, 24:40).

Pois bem. Verificada que a espécie - mandado de segurança coletivo - deve atender os pressupostos estabelecidos no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, diferenciando-se do gênero - mandado de segurança individual, normal - apenas no que pertine à legitimação ativa, resta-nos tecer comentários acerca da forma pela qual esta legitimidade diferenciada



se verifica.

A legitimação ativa para agir, em sua acepção tradicional, de cunho individualístico, tem sido entendida como a coincidência ou a pertinência entre a titularidade de um direito ou de uma situação de vantagem e a pessoa que, na ação, ocupa o pólo ativo. Essa pessoa torna-se legitimada porque é ela detentora do poder de fazer valer em juízo aquele direito ou aquela situação. Fala-se, aí, em legitimação ordinária: *“o lesado defende seu próprio interesse”* (in *“A defesa dos interesses difusos em juízo”*, Hugo Nigro Mazzilli, 9ª edição, São Paulo, p. 9).

A legitimação extraordinária, por sua vez, é a possibilidade de alguém, em nome próprio, mediante autorização legal, defender interesse alheio. Quando isso ocorre, configura-se verdadeira substituição processual, inconfundível com a representação. Nesta última, alguém, em nome alheio, defende interesse alheio.

No mandado de segurança coletivo a autorização para litigar em nome próprio por interesse de terceiro foi dada pela Constituição Federal de forma ampla, restando, para esta espécie mandamental, afastada qualquer norma infraconstitucional que intente limitá-la. Por tal razão, a impetração de mandado de segurança coletivo independe de deliberação de assembléia da entidade de classe ou de associação.

Também assim pensa José Rogério Cruz e Tucci, na medida em que, para ele, *“não se afigura necessário, como alguns imaginam, autorização formal e expressa dos membros do grupo para que a entidade legitimada atue no interesse daqueles. Trata-se, in casu, de “legitimação substitutiva extravagante”, não reclamando, como nas demais hipóteses de legitimação*



extraordinária, previstas em nosso ordenamento jurídico, qualquer manifestação de vontade dos titulares do direito material” (in “Class action e o mandado de segurança coletivo”, Ed. Saraiva, 1990, São Paulo, p. 42).

Como anota, nesse mesmo sentido, Ernane Fidélis dos Santos, *“a legitimação que se dá às pessoas referidas no art. 5º, LXX, da Constituição Federal, assim como ocorre em todos os casos excepcionais de defesa de pretensão alheia, é absoluta, isto é, a disponibilidade da ação é da entidade legitimada, não dependendo ela de autorização de qualquer interessado”* (ob. cit. p. 130).

Partindo do pressuposto de que a legitimidade para agir está definida no art. 5º, LXX, da Constituição Federal, sustenta Ada Pellegrini Grinover que o intérprete e o futuro legislador *“não podem estabelecer outros obstáculos à legitimação, que não os decorrentes da Constituição. Por isso é que não temos dúvida em afirmar que, para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, nem os partidos políticos, nem as organizações sindicais, nem as entidades de classe e nem as associações legalmente constituídas necessitam daquela autorização expressa a que alude o inciso XXI do art. 5º da Constituição para outras ações que não a segurança coletiva”* (in “Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, v. 32, dez., 1989, p.14).

A jurisprudência vem firmando esse mesmo entendimento, segundo se verifica da leitura de alguns trechos extraídos de acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

“As regras contidas no art. 5º, incisos XXI e LXX, da Constituição Federal, por terem compreensão diversa, devem ser interpretadas isoladamente, porquanto diferem, em essência, a legitimação da sociedade (ou associações) para impetrar mandado de segurança coletivo daquela



pertinente à representação em juízo, ativa ou passivamente.

A legitimação para manejar ação de segurança atribuída aos entes consignados no art. 5º, inciso LXX, da Carta Política, independe da autorização de quaisquer interessados, aos quais não se defere a intromissão no processo para postular em sentido contrário à atuação do substituto, porque eles agem em nome próprio, em defesa de direito de terceiros, por expressa autorização constitucional...” (Recorrente: Associação dos Moradores de Lauro Müller e Adjacências - Alma, STJ, DOU n. 187, de 29/09/97, seção I, p. 48.115).

“A Constituição Federal (art. 5º, LXX), ao atribuir, às associações, o poder de impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros, criou caso de legitimação extraordinária que se enquadra no instituto da substituição processual, porquanto, age (a associação) em nome próprio por direito de terceiros, estando legitimada a postular em juízo o direito de que não é titular, por determinação da Carta Política.

A entidade associativa que impetra mandado de segurança coletivo não se coloca, no processo, como mandatária dos respectivos associados, razão por que torna-se desnecessária a prévia autorização de seus membros...” (MS n. 4.126-DF, Registro n. 95.0032306-0).

Esse entendimento também vem sendo adotado pela Corte Suprema, a saber:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. CF, ART. 5º, LXX, “B”.

I - A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX.

II - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla hipótese de representação.

III - O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio da classe.

IV - R.E. conhecido e provido” (R.E. n. 181.438-1 - São Paulo, Min. Carlos Velloso).

Também sobre o tema, vale trazer à baila o debate na jurisdição do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, ao decidir



liminar em mandado de segurança coletivo. Vejamos:

“A inclusão do nome de associados na petição inicial, ou em relação anexa, da ação coletiva proposta por associação de classe, além de totalmente descabida, resulta da má compreensão que alguns tribunais têm do instituto, embora o eg. Supremo Tribunal Federal e o eg. Superior Tribunal de Justiça tenham ministrado esplêndidas lições sobre o tema, que não são absorvidas em sua literalidade.

Recentemente o eg. Superior Tribunal de Justiça pôs em relevo a profunda diferença entre as regras do art. 5º, incisos XXI (as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente) e LXX (o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: b) organização sindical, entidade de classe ou associação constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados) da Constituição, que, por terem compreensão diversa, devem ser interpretados isoladamente, porquanto diferem, em essência, a legitimação da sociedade (ou associações) para impetrar mandado de segurança coletivo daquela pertinente à representação em juízo, ativa ou passivamente. E conclui: “A legitimação para manejar a ação de segurança é atribuída aos entes consignados no art. 5º, LXX, da Carta Política, independe de autorização de quaisquer interessados, aos quais não se defere a intromissão no processo para postular em sentido contrário à atuação do substituto, porque eles agem em nome próprio, em defesa de direito de terceiros, por expressa autorização constitucional” (cf. RMS 5.466-7/RJ, rel. Min. Demócrito Reinaldo, STJ, 1. T, in DJ de 29/09/97, p. 48.114-48.115) (MS 006869/RJ, rel. Juiz J. E. Carreira Alvim, DJ de 19/12/97, seção 2, p. 111724).

Não restam dúvidas, portanto, que a associação legalmente constituída e em funcionamento há mais de um ano, em defesa dos interesses de seus associados, pode impetrar mandado de segurança coletivo, sem que, para tanto, tenha expressa autorização destes. A impetração dar-se-á por substituição processual, onde a associação defenderá em nome próprio, direito alheio, de que são titulares os substituídos.

No caso vertente, a Impetrante é entidade associativa constituída legalmente e em funcionamento há mais de um ano, que tem por objeto social, dentre outras finalidades, defender os interesses de seus associados (por meio de ações coletivas), restando, portanto, demonstrado o cabimento do presente *mandamus* e a legitimidade ativa do Impetrante nesta ação



mandamental.

Quanto à legitimidade passiva do Impetrado, esta decorre das atribuições que lhe são conferidas pelo Decreto nº 44.566/99, bem como do determinado pelo art. 5º do Decreto Estadual nº 54.240/2009:

“Art. 5º São competentes para deferir a proposta de requisição de informações de que trata o art. 4º, o Delegado Regional Tributário e o Diretor-Executivo da Administração Tributária.”

Como as Delegacias Regionais Tributárias estão subordinadas à Diretoria Executiva da Administração Tributária por força do art. 3º do Decreto nº 44.566/99, resta evidenciada a legitimidade passiva do Sr. Diretor-Executivo da Administração Tributária.

Por fim, em que pese a indigitada norma infralegal em questão configurar evidente decreto de efeitos concretos (por trazer em si mesma o resultado específico pretendido, qual seja, autorizar a violação do sigilo financeiro de sujeitos passivos, sócios, administradores e terceiros), é preciso caracterizar a ocorrência do ato coator.

A publicação do Decreto *sub judice* impõe que todas as fiscalizações que ocorrem diariamente respeitem as disposições ali descritas e, por conseqüência, a possibilidade de quebra do sigilo bancário é fato que ocorrerá reiteradamente, acarretando, assim, a ocorrência do ato coator ora combatido preventivamente.

Esclarecida a questão da legitimidade das partes e da ocorrência do ato coator, passa-se a explicitar as controvérsias envolvendo a inconstitucionalidade e a ilegalidade do Decreto Estadual nº 54.240/2009.



III - DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS SUBSTITUÍDOS

III.1 - DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA AFEITA À COMPETÊNCIA CONCORRENTE MEDIANTE LEI - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Consoante anteriormente relatado, em 14 de abril do corrente veio à lume o Decreto nº 54.240, editado pelo Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo, com o fulcro de *“regulamentar a aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, relativamente à 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”*, de acordo com sua (dele) própria ementa.

Segundo o § 2º do artigo 2º do indigitado Decreto, a *“Secretaria da Fazenda poderá requisitar informações relativas ao sujeito passivo da obrigação tributária objeto do processo administrativo tributário ou do procedimento de fiscalização em curso, bem como de seus sócios, administradores e de terceiros ainda que indiretamente vinculados aos fatos ou ao contribuinte, desde que, em qualquer caso, as informações sejam indispensáveis”*.

E completa o art. 3º do referido Decreto, arvorando-se a condição de lei e listando as informações ditas indispensáveis:

“Art. 3º **Para efeito desta lei**, será considerada como indispensável a requisição de informações de que trata o Art. 1º nas seguintes situações:

I – fundada suspeita de ocultação ou simulação de fato gerador de tributos estaduais;

II - fundada suspeita de inadimplência fraudulenta, relativa a tributos estaduais, em razão de indícios da existência de recursos não regularmente contabilizados ou de transferência de recursos para empresas coligadas, controladas ou sócios;

III - falta, recusa ou incorreta identificação de sócio, administrador ou beneficiário que figure no quadro societário, contrato social ou estatuto da pessoa jurídica;



IV - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

V - obtenção ou concessão de empréstimos, quando o sujeito passivo deixar de comprovar a ocorrência da operação;

VI - indício de omissão de receita, rendimento ou recebimento de valores;

VII - realização de gastos, investimentos, despesas ou transferências de valores, em montante incompatível com a disponibilidade financeira comprovada;

VIII - fundada suspeita de fraude à execução fiscal.”

Percebe-se, do até aqui exposto, que o referido Decreto destina-se a regulamentar uma questão de direito financeiro, qual seja, aquela atinente ao sigilo das informações bancárias dos contribuintes.

Muito embora esteja dentro da alçada estadual legislar sobre a matéria financeira, por força da competência concorrente estabelecida no artigo 24 da Constituição Federal (observando-se os aspectos gerais estabelecidos nas normas federais), é de se ver que tal competência deve ser feita **mediante edição de lei** (coisa que o referido Decreto Estadual não é, apesar do disposto em seu art. 3º)!

Com efeito, o artigo 24 da Magna Carta, ao tratar da competência concorrente em matéria financeira, é de clareza solar ao prescrever, em seus parágrafos, *ipsis literis* que:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.



§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Resta claro, da mera leitura dos §§ do artigo 24 (em especial o § 2º), que é absolutamente necessária a edição de lei estadual (ou distrital, no caso do Distrito Federal) para exercer a competência concorrente dos Estados-membros, não sendo possível fazê-lo através de decreto executivo, como pretende o Exmo. Sr. Governador paulista, sob pena de restar absolutamente violado o Princípio da Legalidade.

O conceito do Princípio da Legalidade, por sua vez, encontra-se consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II, o qual determina que:

“Art. 5º...

...

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Ora, os **decretos “são atos administrativos da competência exclusiva dos Chefes do Executivo”**, conforme ensina o ilustre mestre Hely Lopes Meirelles³. E continua, explicando que *“como ato administrativo, o decreto está sempre em posição inferior à da lei e, por isso mesmo, não a pode contrariar”*.

Reforçando essa posição, assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴:

“Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”...

³ In Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 21ª edição, Malheiros, p. 162.

⁴ In Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 8ª edição, 1997, p. 61.



No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em decorrência disso, **a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo**, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou **impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei**”.(grifamos)

Como se vê, não pode o Decreto Estadual nº 54.240/09, na qualidade de ato normativo, dispor sobre matérias para as quais a Constituição exige a edição de lei!

De fato, tendo em vista que a Lei Complementar nº 105 não elencou as hipóteses em que as informações sigilosas seriam consideradas indispensáveis, não pode um simples decreto, ato administrativo com força apenas regulamentar, fazê-lo, posto se tratar de matéria cuja competência pertence à edição de lei.

E em assim sendo, as prescrições promovidas pelo Decreto Estadual nº 54.240/09, referentes a matéria para as quais a própria Carta Magna exige a edição de lei, certamente, viola o Princípio da Legalidade.

A corroborar a assertiva acima, cumpre-nos trazer as lições do eminente Alexandre de Moraes, que entende:

“O art. 5, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma



garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei.”⁵ (grifamos)

Tendo em vista que a matéria referente à competência concorrente em questões de direito financeiro exige a edição de lei por força do disposto no art. 24 da Constituição Federal, resta evidente que o Decreto Estadual nº 54.240/09, ao pretender regulamentar as questões atinentes à quebra de sigilo das informações financeiras, fere, de forma incisiva, o disposto na Carta Magna, tornando-se, assim, totalmente inconstitucional.

⁵ In Moraes, Alexandre de, *Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas, 2004, Página 7.1



III.2 – DA IMPOSSIBILIDADE DE DECRETO ESTADUAL REGULAMENTAR DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEGISLAÇÃO FEDERAL

Como se não fosse suficiente o fato do Decreto nº 54.240/09 ter extrapolado sua competência legislativa, ao ousar dispor sobre questões para as quais a Constituição prevê expressamente a necessidade de lei, aquele viola ainda o inciso III do artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo e o inciso IV do art. 84 da Constituição Federal.

Isso porque, de acordo com o próprio artigo 1º do malsinado Decreto nº 54.240/09, sua edição visa regulamentar a Lei Complementar nº 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras.

Ora, i. Magistrado, o inciso III do artigo 47 da Constituição paulista é claro em determinar que uma das atribuições do Governador é expedir decretos visando regulamentar a legislação estadual, e não aquela expedida pelo Governo federal, cuja atividade de regulamentação compete ao chefe do Executivo da União, o Presidente da República, por força da norma contida no inc. IV do art. 84 da Carta Magna⁶!

Com efeito, assim dispõe o retro mencionado inciso III do artigo 47:

“Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(omissis)

⁶ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;



III – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;**” (destacamos)

Como se depreende do cotejo entre as duas normas constitucionais, a competência do Governador do Estado restringe-se à regulamentação das leis estaduais, não podendo aquele imiscuir-se nas matérias reservadas pela Carta Política exclusivamente ao Presidente da República!

De fato, trata-se de mera questão de lógica jurídica, que não requer maiores digressões.

Outro não é o entendimento do c. Tribunal de Justiça de São Paulo, como se depreende do voto proferido pelo i. Desembargador Rui Cascaldi, da Nona Câmara de Direito Público, quando do julgamento da Apelação Cível nº 91.438-5/8-00, a seguir transcrito:

“(…)

Com base na competência residual, consagrada pela Constituição, para legislar sobre meio ambiente, o Estado de São Paulo baixou os decretos nºs 28.848/88 e 28.895/88 para regulamentar o art. 27 do Código Florestal, que proíbe, justamente, a queima de florestas e vegetações nativas.

Conseqüentemente, não podiam proibir a queima de cultura renovável, como fizeram, pois foram além da lei a que se referiam. **Ademais, não se admite a regulamentação por decreto estadual de lei federal.**” (destacamos)

No mesmo sentido vide acórdão prolatado nos autos da Apelação Cível nº 101.030-5/1.

Resta claro, portanto, que o Exmo. Sr. Governador do Estado não possui legitimidade para pretender regulamentar a legislação federal mediante Decreto estadual, infringindo, ao tentar fazê-lo, o inciso III do artigo 47 da Carta Magna paulista e o inciso IV do art. 84 da



Constituição Federal, e ensejando, também por essa razão, a inconstitucionalidade do Decreto nº 54.240/07.

III.3 – DA ILEGALIDADE DO ART. 2º. § 2º DO DECRETO Nº 54.240/09 – IMPOSSIBILIDADE DE QUEBRA DO SIGILO FINANCEIRO DE SÓCIOS, ADMINISTRADORES E TERCEIROS

Ainda que se admitisse, por arraigado amor à argumentação, que o indigitado Decreto nº 54.240/2009 pudesse regulamentar matéria para a qual a Constituição Federal exige a edição de lei, ainda assim o mesmo não encontraria guarida no ordenamento jurídico pátrio, por violar frontalmente as disposições da lei complementar que pretende disciplinar.

De fato, o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001⁷ é claro em determinar que o sujeito passivo poderá ter seu sigilo bancário quebrado quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso.

Contudo, o § 2º do art. 2º do Decreto Estadual nº 54.240/2009, ao regulamentar esse dispositivo legal federal, estendeu a possibilidade de quebra do sigilo bancário também para os sócios, administradores e terceiros, nos seguintes termos:

“Art. 2º A requisição de informações de que trata o art. 1º somente poderá ser emitida pela Secretaria da Fazenda quando existir processo

⁷ “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 depósito 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, e as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”



administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.

(...)

§ 2º A Secretaria da Fazenda poderá requisitar informações relativas ao sujeito passivo da obrigação tributária objeto do processo administrativo tributário ou do procedimento de fiscalização em curso, bem como dos sócios, administradores e de terceiros ainda que indiretamente vinculados aos fatos ou ao contribuinte, desde que, em qualquer caso, as informações sejam indispensáveis.”

Como se percebe do cotejo entre o texto da Lei Complementar nº 105 e o Decreto Estadual nº 54.240/2009, este extrapolou as disposições do art. 6º daquela, ao estender a possibilidade de quebra do sigilo das informações financeiras também para os sócios, administradores e terceiros.

Ora, ao assim agir, o Decreto em comento acabou por arrastar sobre si a pecha da ilegalidade, pois não pode, por força do Princípio da Legalidade, inovar na interpretação da lei que pretende regulamentar!

Outro não é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

“Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuidos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já instituídos e *identificados* na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as *condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege*.

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas. Deveras, disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la. Fora isto possível, e a segurança de que ‘ninguém poderá ser obrigado a *fazer* ou *deixar de*



fazer alguma coisa senão em virtude *de lei* deixaria de se constituir em proteção constitucional. Em suma: não haveria a garantia *constitucional* aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infraconstitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário.”⁸ (itálicos no original)

Resta claro, portanto, que o Decreto nº 54.240/2009 é absolutamente ilegal na medida em que impõe a sócios, administradores e terceiros a possibilidade de virem a ter o seu (deles) sigilo das informações financeiras violado, caso tenham alguma relação com o sujeito passivo da obrigação tributária investigado nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105.

IV - DA PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA CAUTELAR – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA

Preleciona Hely Lopes Meirelles, *in* “Mandado de Segurança e Ação Popular” (RT, 1985, p. 47), que a medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei do mandado de segurança, que, por extensão, se aplica ao mandado de segurança coletivo, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e, do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida ao final.

Para a concessão de liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido da inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito dos associados da Impetrante.

Esses dois requisitos jurídico-processuais, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* encontram-se presentes neste *mandamus*.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 15ª ed. São Paulo: Ed.



O inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533/51, que disciplina o mandado de segurança, dispõe que a liminar será concedida, suspendendo-se o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento do pedido e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida.

A relevância do fundamento do pedido pode ser entendida como a plausibilidade do direito invocado ou, na expressão latina *fumus boni júris*.

No caso em exame as razões de fato e de direito anteriormente expostas evidenciam que o Decreto Estadual nº 54.240/2009 viola os mais mezes ditames constitucionais e legais, conseqüentemente, permitindo que o emérito Julgador, de plano, reconheça o *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora*, por sua vez, reside no fato de que, tendo sido editado o Decreto nº 54.240/09, como de fato foi, até que aquele seja excluído do ordenamento jurídico pátrio, está o mesmo apto a gerar todos os efeitos inerentes à sua condição de norma posta e em vigor, podendo acarretar inúmeros prejuízos aos substituídos da Impetrante, em especial a quebra de seus (deles) sigilos financeiros.

Nesses termos, as autoridades administrativas estaduais poderão, caso haja processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, solicitar às instituições financeiras que apresentem quaisquer documentos, livros e registros relativos aos sujeitos passivos da obrigação tributária, seus sócios, administradores e terceiros ainda que indiretamente vinculados aos fatos ou ao contribuinte, de forma absolutamente

Malheiros. Pág. 323.



inconstitucional e ilegal.

Isto significa dizer que o *periculum in mora*, no caso *sub judice*, corresponde ao risco dos associados da Impetrante virem a ter o sigilo de suas informações financeiras violado com fulcro no indigitado Decreto Estadual nº 54.240/2009, pelas razões já suficientemente explicitadas.

Nunca é demais lembrar que, sendo a atividade administrativa plenamente vinculada à legislação de regência, a violação do sigilo das informações financeiras dos associados da Impetrante é certa, pois não poderá, o Agente Fiscal, furtar-se à observância do mesmo.

Ademais, alguns atos normativos infralegais, como o indigitado Decreto Estadual nº 54.420/2009, caracterizam-se como verdadeiros “decretos de efeito concreto”, assim conceituados por possuírem o condão de atuar diretamente sobre os destinatários, colocando-se, dessa forma, ao alcance de sua (deles) impugnação através de mandado de segurança.

Outro não é o entendimento do mestre Hely Lopes Meirelles, como se depreende do trecho de sua clássica obra “Mandado de Segurança”⁹, a seguir transcrito:

"A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do *mandamus*. Somente as *leis e decretos de efeitos concretos* tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde sua publicação, por equivalentes a atos administrativos nos seus resultados imediatos.

Vê-se, portanto, que o objeto normal do mandado de segurança é o *ato*

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 41/42.



administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.

Por *leis e decretos de efeitos concretos* entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais *leis* ou *decretos* nada têm de normativos; são *atos de efeitos concretos*, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança.

Em geral, as leis, decretos e demais atos proibitivos são sempre de *efeitos concretos*, pois atuam direta e imediatamente sobre seus destinatários".

Este entendimento encontra-se devidamente reconhecido pela jurisprudência pátria, como se depreende do trecho da sentença do MM. Juiz Ronald de Carvalho Filho, da 22ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.055998-0, a seguir transcrito:

“No mais, a impetrante não se insurge contra a lei em tese, mas, sim, contra a ameaça de a autoridade administrativa - cuja conduta, por força de lei, é vinculada (art. 142 do CTN) – exigir-lhe o recolhimento do montante relativo ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Cabendo à autoridade impetrada a fiscalização do recolhimento da exação questionada, bem como demais impostos federais, tem a impetrante justo receio de ser autuada, com imposição de acréscimos e sanções legais, que culminariam com a inscrição do débito e sua execução judicial, caso não proceda ao seu auto-lançamento, nos termos da Lei, relativamente à imposição inquinada de inconstitucional. Cabível, pois, em princípio, o presente mandado de segurança preventivo.”

Mesmo entendimento possui o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, como se percebe da leitura do voto do i. Desembargador Relator Luiz Burza Neto, nos autos da Apelação Cível nº 841.554-5, para quem quando se tratar “*de combate a normas Municipais de irrecusáveis efeitos concretos*



podendo, assim, ser enfrentada pela via do mandamus, como autoriza a Jurisprudência desta Egrégia Corte”.

Ora, no caso em exame restam claros e evidentes os efeitos concretos da combatida norma infralegal, posto que os agentes fiscais, com base simplesmente nos indícios descritos no art. 3º do Decreto nº 54.420/2009, poderão requerer as informações sigilosas das instituições financeiras, relativamente não apenas ao sujeito passivo da obrigação tributária, mas também as dos sócios, administradores e terceiros de alguma forma vinculados àquele.

Isto posto, demonstrados o *fumus boni juris*, e o *periculum in mora*, espera a Impetrante que seja concedida a medida liminar requerida, como forma de resguardar o direito líquido e certo das empresas substituídas de não se submeterem às disposições do ilegal e inconstitucional Decreto Estadual nº 54.240/2009.

V – DO PEDIDO

Em face do exposto, demonstrada a liquidez e certeza do direito dos substituídos, é a presente para requerer se digne Vossa Excelência em julgar inteiramente procedente o presente *writ*, especialmente para:

a) conceder medida liminar *inaudita altera pars*, determinando à Autoridade impetrada que se abstenha de praticar quaisquer atos concernentes a requisitar informações (i) relativas ao sujeito passivo da obrigação tributária objeto do processo administrativo tributário ou do procedimento de fiscalização em curso, em decorrência da observância do ilegal e inconstitucional Decreto Estadual nº 54.240/2009, ou, caso assim não entenda V.Exa., o que se admite apenas *ad*



argumentandum tantum, alternativamente, (ii) relativas aos sócios, administradores e terceiros, ainda que indiretamente vinculados aos fatos ou ao contribuinte, em virtude das ilegais disposições do referido Decreto estadual;

b) determinar a intimação da Autoridade impetrada para que cumpra a liminar concedida, **através da expedição de ofício aos Delegados Regionais Tributários do Estado de São Paulo (em especial os da Capital, de Santos, Taubaté, Sorocaba, Campinas, Ribeirão Preto, Bauru, São José do Rio Preto, Araçatuba, Presidente Prudente, Marília, São Bernardo do Campo, Guarulhos, Osasco, Araraquara e Jundiaí)**, informando-os do teor da decisão e determinando o seu cumprimento;

c) determinar a intimação da d. Autoridade impetrada para prestar informações no presente *writ*, bem como instar o i. Representante do Ministério Público a oferecer o seu necessário parecer;

d) conceder a segurança definitiva, após o processamento regular do feito, confirmando a medida liminar requerida para determinar à Autoridade coatora que se abstenha de praticar quaisquer atos concernentes a violar o sigilo das informações (i) dos substituídos da Impetrante, em decorrência da observância do ilegal e inconstitucional Decreto Estadual nº 54.240/2009, ou, caso assim não entenda V.Exa., o que se admite apenas *ad argumentandum tantum*, alternativamente, (ii) relativas aos sócios, administradores e terceiros, ainda que indiretamente vinculados aos fatos ou aos substituídos da Impetrante, em virtude das ilegais disposições do referido Decreto estadual.

Requer, por fim, que as publicações pela Imprensa Oficial sejam efetuadas em nome dos advogados **Maria Concepcion Molina Cabredo, OAB/SP nº 91.032, Reginaldo de Andrade, OAB/SP nº**



154.630 e Wanessa Portugal Romano, OAB/SP nº 279.794.

Dá-se à causa, para fins de alçada, o valor de R\$
5.000,00 (cinco mil reais).

Termos em que,
P. Deferimento.
São Paulo, 24 de abril de 2009.

MARIA CONCEPCIÓN MOLINA CABREDO
OAB/SP Nº 91.032

REGINALDO DE ANDRADE
OAB/SP Nº 154.630