

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	23.507/20/1 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.001382110-25	
Impugnação:	40.010149131-60, 40.010149132-41 (Coob.)	
Impugnante:	Antônio Cristóvão Pinto Comércio de Roupas e Acessórios IE: 002219369.00-49 Antônio Cristóvão Pinto (Coob.) CPF: 767.753.306-00	
Proc. S. Passivo:	Henrique Avelino Rodrigues de Paula Lana/Outro(s)	
Origem:	DFT/Muriaé	

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre os valores do faturamento declarado pela Autuada ao Fisco, por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório – PGDAS-D e faturamento igual a zero por falta de transmissão da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c o § 2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde pelo crédito correspondente às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil. No caso presente, há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária. Legítima a sua inclusão no polo passivo.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, nos meses de junho a agosto e dezembro de 2015, maio e setembro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, e janeiro a agosto de 2018, apuradas mediante confronto entre o valor do faturamento declarado pela Autuada ao Fisco por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do

Simples Nacional – Declaratório – PGDAS-D, e faturamento igual a zero por falta de transmissão da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI nos anos de 2017/2018, e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta corrente e estabelecimentos similares, que passarão a ser referidas, a partir daqui, apenas como “administradoras de cartões de crédito/débito”.

A empresa autuada está classificada no CNAEF 4781-4/00 - comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios.

São exigidos o ICMS, a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, tendo sido aplicado, quanto a esta segunda multa, o limitador previsto no § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Conforme se verifica às fls. 02/03, o Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000030830.28, emitido em 12/07/19, foi enviado, via Correios, para o endereço da Autuada; porém, não foi entregue, tendo sido anotado pelo funcionário dos Correios, em 22/07/19, que o Contribuinte havia se mudado de endereço (vide verso do envelope às fls. 03).

Já o Auto de Infração em análise (fls. 04/08) foi enviado ao Contribuinte, conforme documentos às fls. 21/22 e retornou pelo mesmo motivo. Posteriormente, consta intimação à Autuada, quanto ao Auto de Infração, realizada por edital (fls. 24/25).

Foi eleito para polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, o empresário individual (vide requerimento de empresário às fls. 65) arrolado no Auto de Infração, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

O Coobrigado foi intimado do Auto de Infração, conforme documentos às fls. 23 e 90.

Instruem, ainda, os autos o Relatório Fiscal-Contábil de fls. 09/18, bem como DVD-R (fls. 19/20), contendo os Anexos 9.1 a 9.11, nos quais constam os seguintes dados:

- Anexo 9.1. Dados do sujeito passivo;
- Anexo 9.2. Consulta Cadastral Integrada, demonstrando dados do Coobrigado;
- Anexo 9.3. DASN – SIMEI (Declaração Anual do Simples Nacional do Microempreendedor Individual) e/ou PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório) e/ou DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS);
- Anexo 9.4. Demonstrativo da receita bruta total do sujeito passivo;
- Anexo 9.5. Demonstrativo do rateio entre a saída com tributação normal e a saída com substituição tributária/isenta/prestação de serviço sobre a receita bruta total auferida pelo sujeito passivo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo 9.6. Relatório “Detalhamento por Operações (Itens Registro 65)” – Dados remetidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito do sujeito passivo;
- Anexo 9.7. Relatório “Detalhamento por Operação (Itens Registro 66)” – Dados remetidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito do sujeito passivo;
- Anexo 9.8. Demonstrativo de apuração do valor total do cartão emitido pelas administradoras de cartão de crédito/débito do sujeito passivo;
- Anexo 9.9. Demonstrativo do confronto entre o total da venda declarada com as informações obtidas das administradoras de cartão de crédito/débito do sujeito passivo;
- Anexo 9.10. Demonstrativo do crédito tributário do sujeito passivo;
- Anexo 9.11. Demonstrativo do crédito tributário total do sujeito passivo.

Esclareça-se que, apesar da menção ao DASN – SIMEI (Declaração Anual do Simples Nacional do Microempreendedor Individual) no título do Anexo 9.3 acima, não constam declarações desta modalidade no referido Anexo, assim como não consta, na “Consulta Optantes” do Portal do Simples Nacional, que a Autuada tenha feito opção pelo SIMEI em qualquer período. Optou, sim, pelo Simples Nacional a partir de 10/09/13, onde permaneceu até 31/12/17, quando foi excluída por ato administrativo praticado pelo ente Belo Horizonte/MG, passando ao regime de recolhimento de débito e crédito.

Dados do SIARE informam que o Contribuinte se encontra com a inscrição estadual baixada desde 16/07/19.

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado, tempestivamente e por meio de procurador legalmente constituído, apresentam Impugnação única, às fls. 28/64, anexando documentos às fls. 65/89. A Fiscalização manifesta-se às fls. 92/125, refutando os argumentos da Defesa.

DECISÃO

Das Preliminares

Falta de Entrega do AIAF

Foi relatado durante a Sessão de Julgamento que o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000030830.28 (fls. 02/03), emitido em 12/07/19, apesar de ter sido enviado ao Contribuinte, via Correios, não foi entregue a este. Esta constatação é corroborada pela anotação feita pelo funcionário dos Correios, em 22/07/19, de que o Contribuinte havia se mudado de endereço (verso do envelope às fls. 03).

Registre-se que a falta de recebimento da intimação do AIAF não foi objeto de questionamento por parte da Defesa, sob qualquer fundamento, mesmo o de eventual cerceamento de defesa.

Das principais obrigações impostas ao Contribuinte pela legislação tributária

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A incidência do ICMS nas operações realizadas pela Autuada encontra-se descrita no item 1 do § 1º do art. 5º da Lei nº 6.763/75:

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º O imposto incide sobre:

1. a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

As principais obrigações do Contribuinte do ICMS encontram-se no art. 16 da Lei nº 6.763/75. Em especial, cabe mencionar: a obrigação de manter documentos fiscais e arquivos com registros eletrônicos, na forma e no prazo previstos na legislação tributária (inciso II); a de exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte (inciso III); a exigência de escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar (inciso VI); a obrigação de entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada (inciso VII); a principal de todas que é a de pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária (inciso IX); e a previsão geral cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária (inciso XIII), como abaixo foram transcritas:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

II - manter livros fiscais devidamente registrados na repartição fazendária, bem como os documentos fiscais e arquivos com registros eletrônicos, na forma e no prazo previstos na legislação tributária;

III - exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

(...)

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

Para que o correto pagamento do imposto seja realizado pelo Contribuinte, sua obrigação de lançar o ICMS lhe é atribuída por meio do disposto no art. 25 da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

Art. 25 - O lançamento do imposto será feito nos documentos e nos livros fiscais, com a descrição das operações e prestações realizadas, na forma prevista em regulamento.

Já o § 1º do art. 39 da mesma Lei estabelece ao Contribuinte a obrigação de realizar a movimentação de bens e mercadorias, obrigatoriamente, acobertada por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

Da obrigação de informar imposta ao Contribuinte, tanto no Simples Nacional, quanto no regime de débito e crédito

No período em que a Autuada esteve classificada como microempresa, sob o regime do Simples Nacional (de 10/09/13 a 31/12/17), foi obrigada a transmitir informações socioeconômicas e fiscais, por força do art. 25 da Lei Complementar nº 123/06, abaixo transcrito:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 25. A microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18.

§ 1º A declaração de que trata o caput deste artigo constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nela prestadas.

Segundo o § 1º do art. 25, a declaração prevista no *caput* deste artigo constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos, resultantes das informações nela prestadas.

Se a declaração tem periodicidade anual, já a obrigação de realizar o cálculo do valor devido, na forma do Simples Nacional, deve ser feita mensalmente, por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D), previsto no art. 37 da Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 37. O cálculo do valor devido na forma do Simples Nacional deverá ser efetuado por meio da declaração gerada pelo "Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D)", disponível no Portal do Simples Nacional na Internet. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 133, de 13 de junho de 2017)

Efeitos de 29/11/06 a 12/06/17:

Art. 37. O cálculo do valor devido na forma do Simples Nacional deverá ser efetuado por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D), disponível no Portal do Simples Nacional na Internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, §§ 15 e 15-A)

§ 1º A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá, para cálculo dos tributos devidos mensalmente e geração do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), informar os valores relativos à totalidade das receitas correspondentes às suas operações e prestações realizadas no período, no aplicativo a que se refere o caput, observadas as demais disposições estabelecidas nesta Resolução. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 2º As informações prestadas no PGDAS-D: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A)

I - têm caráter declaratório, constituindo confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nele prestadas; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso I)

II - deverão ser fornecidas à RFB mensalmente até o vencimento do prazo para pagamento dos tributos devidos no Simples Nacional em cada mês, previsto no art. 38, relativamente aos fatos geradores ocorridos no mês anterior. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso II)

§ 3º O cálculo de que trata o caput, relativamente aos períodos de apuração até dezembro de 2011, deverá ser efetuado por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), também disponível no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portal do Simples Nacional na internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 4º Aplica-se ao PGDAS o disposto no § 1º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

A Resolução CGSN nº 94/11 foi revogada pela Resolução CGSN nº 140/18 que tratou o tema de forma bem semelhante:

Art. 38. O cálculo do valor devido na forma prevista no Simples Nacional deverá ser efetuado por meio da declaração gerada pelo "Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D)", disponível no Portal do Simples Nacional na Internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 1º A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá, para cálculo dos tributos devidos mensalmente e geração do DAS, informar os valores relativos à totalidade das receitas correspondentes às suas operações e prestações realizadas no período, no aplicativo a que se refere o caput, observadas as demais disposições estabelecidas nesta Resolução. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 2º As informações prestadas no PGDAS-D: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A)

I - têm caráter declaratório, constituindo confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nele prestadas; e (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso I)

II - deverão ser fornecidas à RFB mensalmente até o vencimento do prazo para pagamento dos tributos devidos no âmbito do Simples Nacional em cada mês, previsto no art. 40, relativamente aos fatos geradores ocorridos no mês anterior. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso II)

§ 3º O cálculo de que trata o caput, relativamente aos períodos de apuração até dezembro de 2011, deverá ser efetuado por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), disponível no Portal do Simples Nacional na Internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 4º Aplica-se ao PGDAS o disposto no § 1º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

Passando ao regime de débito e crédito em que se encontrava ao final do período autuado (de 01/01/18 a 15/07/19), o Contribuinte passou a submeter-se à obrigação de fornecer ao Fisco os dados sobre o lançamento, por meio de modelos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

instituídos em regulamento ou resolução do Secretário de Estado da Fazenda. Tal obrigação encontra-se prevista no art. 27 da citada Lei:

Art. 27 - Os dados relativos ao lançamento serão fornecidos ao Fisco através de documentos conforme modelos instituídos em regulamento ou resolução do Secretário de Estado da Fazenda.

A obrigação de fornecer dados ao Fisco consubstancia-se por meio da transmissão da DAPI, até o dia nove do mês subsequente ao da apuração, conforme disposto no art. 152, inciso I c/c seu § 1º, inciso III, alínea “b”, do Anexo V do RICMS/02:

Art. 152. O contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS entregará, em relação a cada estabelecimento:

I - a Declaração de Apuração e Informação do ICMS, modelo 1 (DAPI 1), quando se tratar de empresa ou produtor rural enquadrados no regime normal de apuração do ICMS;

(...)

§ 1º. A DAPI será entregue:

(...)

III - até o dia 09 (nove) do mês subsequente ao da apuração:

(...)

b) pelos varejistas, inclusive hipermercados, supermercados e lojas de departamentos;

O fato de a Autuada não ter transmitido as DAPIs do período de 01/01/17 a 31/08/18 poderia ter implicado na exigência de multa isolada própria, prevista no art. 54, inciso VIII da Lei nº 6.763/75, a qual não está sendo exigida na presente autuação.

Não merece qualquer reparo o fato de a Fiscalização ter, devido à falta de transmissão de DAPI, considerado que o faturamento mensal da Autuada, no período, fosse igual a zero. Afinal, a Autuada chega a argumentar não ter havido faturamento no período em que havia passado ao regime de débito e crédito. Essa afirmação somente foi contraditada pela informação prestada pelas administradoras de cartões de crédito/débito, que comprovam que a empresa continuou operando, apesar de descumprir sua obrigação de informar sobre os fatos geradores da obrigação tributária a que deu causa.

Da obrigação de informar imposta às administradoras de cartões de crédito/débito

Assim como o Contribuinte tem a obrigação de transmitir ao Fisco os dados relativos à receita bruta total que auferir no ano, no caso de Microempresa, ou no que concerne à totalidade das operações que realiza, quando sob o regime de débito e crédito, as administradoras de cartões de crédito/débito, como se verá na outra preliminar, devem também transmitir, por meio eletrônico, as informações dos

contribuintes que realizam operações quitadas por meio de cartões de crédito, débito ou similares.

Foi, exatamente, a possibilidade do cruzamento dessas informações que permitiu à Fiscalização comprovar a saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, que ocasionou a falta de recolhimento do ICMS no período autuado.

Dessa forma, a Fiscalização tem acesso aos dados do Contribuinte fornecidos diretamente pelas administradoras, que assim procedem por obrigação imposta pela legislação tributária.

Da desnecessidade de intimar o Contribuinte a prestar novas informações

Daí se verifica que, em um primeiro momento, a Fiscalização lançará mão de informações transmitidas pelo Contribuinte. Somente na hipótese de que estas informações estejam incompletas, ou mesmo que requeira o Fisco de informações complementares, é que seria plausível a intimação do Contribuinte para solicitá-las.

No caso em análise, recapitule-se que o confronto se deu entre dados de transmissão prévia obrigatória fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito com dados também de transmissão prévia obrigatória fornecidos pela Autuada, não sendo necessário, para o lançamento, o fornecimento de qualquer outro dado ou informação.

Apesar de as DAPIs não terem sido transmitidas pela Autuada, tal fato não gera, em si, a necessidade de complementação de informações, na medida em que o que resta é o entendimento de que o faturamento somente poderia ser igual a zero.

A falta de transmissão das DAPIs somente alteraria este quadro se tivesse havido algum recolhimento de ICMS pela Autuada, no período em que os Impugnantes afirmam não ter havido qualquer faturamento, porque aí sim seria necessário compreender a que título o recolhimento teria sido feito, antes de se considerar a adequação de uma eventual autuação. Porém, nem mesmo os Impugnantes argumentam como se tivesse havido algum recolhimento neste caso. De fato, argumentam em contrário.

O entendimento da Fiscalização quanto à desnecessidade de informações complementares fica evidente quando se constata, no campo do AIAF denominado “informações, documentos requisitados e prazo para sua apresentação”, a seguinte menção feita: “Os documentos necessários para o desenvolvimento do trabalho serão extraídos dos sistemas informatizados da SEF e da Receita Federal do Brasil”.

Esse campo, destinado ao preenchimento pela Fiscalização das informações a serem apresentadas pelo Contribuinte, deixa claro que, no presente caso, nenhuma informação adicional seria necessária, além daquelas a que a Fiscalização já tem, normalmente, acesso, via documentos regular e periodicamente fornecidos, tanto pelas administradoras de cartões de crédito/débito, quanto pelos Contribuintes do ICMS, conforme descrito acima.

Das informações necessárias à emissão do Auto de Infração

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resta analisar quais informações são necessárias ao Fisco, para que este, à vista de irregularidades cometidas pelo Contribuinte do ICMS, esteja apto, de forma lícita, a realizar o lançamento de ofício.

Cabe ao art. 142 do CTN trazer os elementos necessários para a realização do lançamento: ocorrência do fato gerador da obrigação, determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e aplicação da penalidade cabível.

Já o parágrafo único desse mesmo artigo determina que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, o que significa dizer que, tendo tomado ciência dos elementos caracterizadores do fato gerador, não cabe aplicação da discricionariedade por parte da Autoridade Fazendária competente quanto a lançar ou não.

Verificado o fato gerador do imposto e reunidas as informações necessárias ao lançamento, somente cabe à Autoridade Administrativa realizar o lançamento. Veja-se:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No presente caso, como já mencionado, todos esses elementos indispensáveis ao lançamento chegaram ao conhecimento da Autoridade Fazendária estadual mineira por meio dos dados fornecidos pelo Contribuinte e pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

O Fisco mineiro tomou conhecimento das seguintes informações:

- a que permitiu constatar a ocorrência do fato gerador da obrigação, por meio do confronto entre o faturamento declarado no PGDAS-D e, posteriormente, o faturamento igual a zero, por falta de transmissão da DAPI, e o apontado pelas administradoras de cartões de crédito/débito;

- aquela que permitiu a determinação da matéria tributável, ou seja, a quantia decorrente da diferença entre os dois totais, ou seja, a diferença entre o faturamento total mensalmente informado ou o faturamento igual a zero, e o total mensal das operações com cartões, diferença esta que foi tomada como base de cálculo, sobre a qual incide a alíquota, para se chegar ao montante do ICMS devido;

- a que permitiu a identificação da Autuada, bem como do Coobrigado, os quais figuram no polo passivo da obrigação tributária.

Quanto à aplicação da penalidade cabível, essa decorreu da confrontação da conduta do Contribuinte com a legislação já citada, para constatação de que o imposto devido não havia sido pago e, ainda, de que a obrigação de acobertar todas as operações de saída de mercadorias, conforme previsto no já transcrito § 1º do art. 39 da Lei nº 6.763/75, não havia sido cumprida. Estas duas verificações são decorrentes de mera consulta aos bancos de dados da SEF/MG. Ou o faturamento apresentado no PGDAS-D, e o não apresentado por DAPIs não transmitidas, é maior ou igual ao informado pela administradora de cartões de crédito/débito, ou não. Ou há registro de pagamento devido do imposto pelo Contribuinte, calculado sobre o faturamento real, ou não há. Para se realizar essas duas constatações não foi necessário ao Fisco intimar o Contribuinte, por meio de AIAF.

Realizadas essas constatações, coube apenas ao Fisco buscar na Lei nº 6.763/75 as penalidades previstas: para a falta de pagamento do imposto foi exigida a Multa de Revalidação do art. 56, inciso II desta lei, e para a saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal foi exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, do mesmo diploma legal.

Sendo assim, não há razão para intimar o Contribuinte a apresentar informações para o lançamento, pois essas informações já haviam sido fornecidas por quem estava obrigado a informar.

Tal suposta obrigação de intimar que se atribui ao Fisco se mostra ilógica. Afinal, a obrigação legal de declarar e pagar o imposto não decorrem da intimação e, sim, da ocorrência do fato gerador, conforme deflui do texto legal já transcrito. E, se a Fiscalização já recebeu de fontes lícitas as informações necessárias, não há necessidade de intimar o Autuado.

Do não exercício do poder/dever de investigar

O CTN nos arts. 194 a 200, assim como a Lei nº 6.763/75 nos arts. 201 a 206, propiciam ao Fisco o poder/dever de fiscalizar os contribuintes, de forma a averiguar se a legislação tributária está sendo devidamente cumprida.

Imagine-se que, em função da atividade fiscalizadora, algum dano ou prejuízo pudesse vir a ser causado ao contribuinte. Se assim fosse, para assegurar seus direitos, seria útil e necessário cientificá-lo, devidamente, das providências que viessem a ser tomadas pelo Fisco, a fim de permitir que este se resguardasse e protegesse de qualquer dano ilegal que essa conduta estatal lhe pudesse causar.

Ocorre que, no presente caso, nenhuma iniciativa investigatória do Fisco mineiro se fez necessária. Como já esclarecido acima, recebidas as informações repassadas pela Receita Federal (PGDAS-D), as transmitidas pela Autuada e as enviadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, somente coube ao Fisco mineiro lavrar o AIAF, realizar o lançamento por meio da lavratura do Auto de Infração e, então, intimar o Sujeito Passivo da lavratura desses documentos.

Sendo assim, estando provado que a troca de informações entre os Fiscos federal e estadual é revestida de legalidade, assim como a prestação de informações exigida da Autuada e das administradoras de cartões de crédito/débito, não há nenhum aspecto da conduta do Fisco que justificasse uma comunicação prévia, ou seja, anterior

ao lançamento em si. Dito de outra forma: não há nada na conduta do Fisco, prévia ao lançamento, que tenha implicado em risco, mesmo que remoto, de dano ilícito ao Contribuinte.

Cabe, também, observar que a previsão legal contida no art. 196 do CTN aqui não encontra aplicação direta, já que ela trata da obrigação, atribuída à autoridade administrativa, de lavrar os termos necessários que documentem o início do procedimento, porém, não em qualquer circunstância; e sim quando da realização de quaisquer diligências. Veja-se a redação do referido artigo:

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

(Grifou-se)

O sentido da palavra “diligência”, no dispositivo legal acima, deve ser entendido como a atividade de investigação. Entretanto, neste caso em análise não foi necessária qualquer diligência, como já esclarecido acima, já que os dados necessários à lavratura da peça fiscal já haviam sido fornecidos por fonte lícita.

Da não aplicabilidade do direito de não surpresa

Há os que mencionam como justificativa para a intimação da lavratura do AIAF antes da intimação da lavratura do Auto de Infração, o “direito da parte de não surpresa”, que no novo Código de Processo Civil (CPC) é relacionado aos arts. 9, 10, 493 e 933. Veja-se:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

(...)

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

(...)

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

(...)

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda

não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

§ 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

Pela redação dos artigos acima transcritos, verifica-se que esse direito está inserido no âmbito do processo judiciário, quando o juiz se vê impedido de decidir sobre temas que não eram objeto da pretensão resistida.

Sendo assim, o direito da parte não ser surpreendida pelo juiz, que poderia decidir sobre tema não debatido, não pode se confundir com um pretense direito de não surpresa do contribuinte, frente à Autoridade Fazendária, que aprecia fato gerador informado pelo próprio contribuinte e por terceiros, quando o sujeito passivo deixou de cumprir a obrigação de acobertar todas as suas operações com documento fiscal e, em consequência, de pagar na íntegra o ICMS devido. Não há surpresa que pode advir daí, pois foi o próprio Contribuinte que transmitiu as informações que ocasionaram a autuação.

Início do direito de ampla defesa e do contraditório a partir da notificação do lançamento de ofício

O jurista Waldir Vitral, em seu Vocabulário Jurídico, esclarece que o lançamento da obrigação tributária “*consiste no ato ou conjunto de atos emanados da administração, dos particulares ou de ambos coordenadamente, destinados a estabelecer em cada caso particular a configuração do pressuposto de fato, a medida imponível e alcance quantitativo da obrigação, segundo Fonrouge*”.

É, portanto, a partir do lançamento que surge, para o contribuinte do tributo, a obrigação de pagar a quantia apurada. Sendo assim, é natural e lógico que, somente após o lançamento, se justifique seu direito de defesa frente a este lançamento; e não antes dele.

Se o lançamento de ofício somente ocorreu porque o Sujeito Passivo não havia cumprido suas obrigações, como já relatado, e o Fisco não fez mais do que lavrar o AIAF, realizar o lançamento e intimar o contribuinte da lavratura dos dois documentos, pode-se afirmar que o direito de defesa e o contraditório estão inteiramente assegurados à Autuada e ao Coobrigado a partir da intimação do lançamento.

Não há qualquer aspecto da conduta do Fisco mineiro que escape, ou limite, ou impossibilite a ampla defesa da Autuada e do Coobrigado em decorrência do fato gerador decorrente da conduta destes, da troca de informações entre Fiscos, do

fornecimento de informações pelas administradoras de cartões de crédito/débito e dos aspectos próprios do lançamento em si. Todos esses temas são passíveis de arguição pela Defesa, após o lançamento.

Frise-se que o direito de defesa é assegurado a partir da fase da impugnação, conforme *caput* do art. 117 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, que assim dispõe:

Art. 117. A impugnação será apresentada em petição escrita dirigida ao Conselho de Contribuintes e entregue na Administração Fazendária a que estiver circunscrito o impugnante ou na Administração Fazendária indicada no Auto de Infração, no prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação do lançamento de crédito tributário ou do indeferimento de pedido de restituição de indébito tributário.

(Grifou-se).

Não há, portanto, previsão legal de apresentação de defesa em uma fase prévia, anterior à intimação do lançamento. E, muito menos no caso em análise, em função da conduta do Fisco já descrita anteriormente.

Sendo assim, não se pode afirmar que, no presente caso, o direito à ampla defesa foi comprometido ou maculado no presente caso. Esse direito foi assegurado aos Sujeitos Passivos exatamente a partir do momento em que estes, cientificados da lavratura do AI, poderiam oferecer plenamente sua defesa. E, tanto a Autuada quanto o Coobrigado impugnaram o lançamento.

Também, o direito ao contraditório somente ganha sentido quando a Autoridade Administrativa intima o Sujeito Passivo da emissão do instrumento de lançamento do crédito tributário; e não antes desse ato.

Das funções do AIAF

A lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal encontra-se prevista no art. 69 do RPTA, *in verbis*:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

III - Auto de Retenção de Mercadorias (ARM);

IV - Auto de Lacração de Bens e Documentos (ALBD);

V - Auto de Infração (AI), nas hipóteses do art. 74.

(Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É possível afirmar que a principal função do AIAF encontra-se prevista no art. 207 do RPTA, que assim dispõe:

Art. 207. O contribuinte poderá, mediante denúncia espontânea, procurar a repartição fazendária a que estiver circunscrito para comunicar falha, sanar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, desde que não relacionados com o objeto e o período de ação fiscal já iniciada.

(Grifou-se)

Ora, após a emissão do AIAF, o contribuinte fica impossibilitado de procurar a repartição fazendária para realizar denúncia espontânea, com o fim de sanar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, na medida em que o AIAF vincula esse impedimento ao objeto e ao período de ação fiscal lá descritos.

Note-se que essa é a principal razão da existência do AIAF: impedir o contribuinte de autodenunciar-se, de forma que, no período de vigência desse instrumento legal, este não poderá gozar dos benefícios relacionados às multas que lhe podem vir a ser exigidas, como no caso da multa de mora prevista no art. 56, inciso I, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

I - havendo espontaneidade no recolhimento do principal e dos acessórios antes da inscrição em dívida ativa, nos casos de falta de pagamento, pagamento a menor ou intempestivo do imposto, observado o disposto no § 1º deste artigo, a multa de mora será de:

- a) 0,15% (zero vírgula quinze por cento) do valor do imposto, por dia de atraso, até o trigésimo dia;
- b) 9% (nove por cento) do valor do imposto do trigésimo primeiro ao sexagésimo dia de atraso;
- c) 12% (doze por cento) do valor do imposto após o sexagésimo dia de atraso.

(Grifou-se).

Esse impedimento à autodenúncia adquire utilidade somente quando a Fiscalização necessita de tempo entre o início da ação fiscal e a lavratura do Auto de Infração. Já no presente caso, como não havia necessidade de um lapso de tempo no qual o Contribuinte deveria estar, segundo o interesse público, obstaculizado em seu direito, a lavratura do AIAF mostra-se um ato meramente formal.

Mas, essa não é a única imposição à conduta do contribuinte que decorre da intimação da lavratura do AIAF. Há ainda a previsão do art. 70 do RPTA quanto à obrigação deste informar e apresentar documentos:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

§ 1º A solicitação deverá ser cumprida pelo sujeito passivo imediatamente, ou no prazo estabelecido pela autoridade solicitante.

§ 2º Excepcionalmente, o Auto poderá ser lavrado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (RUDFTO), considerando-se intimado o sujeito passivo no ato da lavratura.

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos pela autoridade fiscal.

§ 4º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

(Grifou-se)

Enfatize-se que, pelas razões já expostas, os efeitos da intimação do contribuinte quanto à lavratura do AIAF são uma restrição quanto ao direito de autodenúncia e, eventualmente, a imposição de uma obrigação de informar e apresentar documentos.

Frente às finalidades da lavratura do AIAF descritas acima, evidencia-se que a falta de intimação do AIAF à Autuada não traz, como não poderia trazer, prejuízo a esta ou ao Coobrigado. O exercício do direito de defesa e do contraditório foram plenamente exercidos pela Autuada e pelo Coobrigado, na fase própria, que é aquela posterior à intimação do sujeito passivo quanto à ocorrência do lançamento, como já explicitado anteriormente.

Cabe, ainda, concluir pela perda de sentido em manter-se o formalismo da obrigatoriedade de emissão do AIAF nos casos em que sua lavratura não atenda as finalidades estabelecidas pela legislação para este instrumento, o que implicaria em valorizar a forma em detrimento do fim a que se destina, onerando desnecessariamente o Erário, sem que o ato possa produzir qualquer efeito justificável em favor do contribuinte.

Há, inclusive, circunstâncias expressas que ensejam a desnecessidade da emissão do AIAF, uma vez que indicam situações nas quais a sua finalidade já se encontra satisfeita pelo fato consumado ou pela própria desnecessidade do cumprimento de um procedimento meramente formal, que não guarda em si próprio o objetivo de sua execução, já que sua finalidade se encontra suprida por outra via.

Não por outro motivo, existem no RPTA hipóteses cuja constatação de sua ocorrência resultará na dispensa da emissão do AIAF. Veja-se seu art. 74:

Art. 74. Nas hipóteses abaixo relacionadas o Auto de Infração documentará o início da ação fiscal, ficando dispensada a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos:

I - constatação de flagrante infração à legislação tributária, bem como na fiscalização no trânsito de mercadorias;

II - em se tratando de crédito tributário de natureza não-contenciosa que independa de informações complementares do sujeito passivo para a sua formalização;

III - quando o obrigado deixar de entregar arquivos eletrônicos, ou entregá-los em desacordo com a legislação tributária;

IV - falta de pagamento do ITCD, após decisão administrativa relativa à avaliação.

(Grifou-se).

Rigorosamente falando, não há previsão de intimação do Autuado da lavratura do AIAF como condição de validade do Auto de Infração. Somente aqueles que entendem que a lavratura do AIAF gera direito de defesa ao contribuinte é que veem na falta de intimação deste, quanto à lavratura do AIAF, como causa de nulidade do Auto de Infração. No entanto, como já demonstrado acima:

- as finalidades do AIAF não envolvem direito de defesa;
- a conduta do Fisco prescindiu da realização de qualquer diligência, que pudesse ameaçar ou lesar o direito do Contribuinte;
- o direito de defesa e do contraditório somente se fazem presentes a partir do lançamento.

No caso em análise, resta claro que a intimação do AIAF não traria qualquer benefício juridicamente protegido à Autuada ou ao Coobrigado, assim como a falta da intimação à Autuada da lavratura do AIAF também não trouxe efetivo prejuízo ao pleno exercício de seu direito à ampla defesa.

Nesse sentido, cabe mencionar o Acórdão nº 23.360/19/1ª da 1ª Câmara de Julgamento que, em sessão do dia 01/08/19, deliberou, por voto de qualidade, em rejeitar a arguição de nulidade baseada na ausência de lavratura prévia do AIAF.

Pelas razões expostas, foi rejeitada esta primeira preliminar.

Da Alegação de Quebra do Sigilo Bancário

Os Impugnantes alegam a quebra do sigilo bancário da Autuada, antes da instauração do processo administrativo.

Para fundamentar sua argumentação, citam o art. 5º, inciso X e XII da CF/88, bem como o art. 6º da LC 105/01. Seu entendimento é que agentes fiscais somente podem examinar os registros de instituições financeiras quando houver

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

processo administrativo instaurado. Citam decisões judiciais do estado de São Paulo neste sentido.

Contudo, a Lei nº 6.763/75, no § 5º de seu art. 50, estabelece a obrigação das administradoras de cartões de crédito/débito de informar à Secretaria de Estado de Fazenda todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar. Veja-se:

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

§ 5º - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente e estabelecimentos similares deverão informar à Secretaria de Estado de Fazenda todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, relativamente aos períodos determinados pela legislação.

Não só a exibição de todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar é obrigatória, como também as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar são reconhecidos pelo art. 132 do RICMS/02 como “documentos fiscais”.

Sua forma de transmissão ao Fisco encontra-se prevista no parágrafo único do mesmo artigo. Veja-se:

Art. 132. São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

“III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imposto, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.”

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

“III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.”

Efeitos de 1º/10/2017 a 31/12/2019 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

“Parágrafo único. As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, em conformidade com o Manual de Orientação anexo ao Protocolo ECF 04, de 24 de setembro de 2001, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.”

Efeitos de 18/08/2009 a 30/09/2017 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.152, de 17/08/2009:

“Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação”

Já os arts. 10-A e 13-A, da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, assim dispõem:

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

“Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento,

instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, constantes de listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda,
<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.”

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

“Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.”

Parágrafo único. Os arquivos eletrônicos de que trata o caput serão:

Efeitos de 1º/10/2017 a 31/12/2019 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

“I - mantidos de acordo com as instruções contidas no Manual de Orientação anexo ao Protocolo ECF 04, de 24 de setembro de 2001, disponível no endereço eletrônico do CONFAZ na internet (<https://www.confaz.fazenda.gov.br/>), e conterão todos os registros exigidos, inclusive o Registro Tipo 65;”

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"I - mantidos de acordo com as instruções contidas no Manual de Orientação constante da Parte V do Anexo VII deste Regulamento e conterão todos os registros exigidos, inclusive o Registro Tipo 65;"

II - dispensados quando se referirem às operações e prestações realizadas pelos estabelecimentos das próprias administradoras dos cartões ou por estabelecimentos de empresas coligadas e desde que tais estabelecimentos mantenham e promovam a entrega do arquivo eletrônico a que se refere o art. 10 deste Anexo.

(...)

Art. 13-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º As empresas de que trata o caput: (3128) I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa TED_TEF, disponível no endereço eletrônico

www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

II - poderão utilizar outro programa ou recurso diferente do previsto no inciso I para assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, mediante autorização da SEF.

§ 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento, a instituição facilitadora de pagamento, a instituição de pagamento, inclusive a credenciadora de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as empresas similares às penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975."

Sendo assim, não há que se falar em quebra de sigilo quando as administradoras de cartões de crédito/débito cumprem sua obrigação de disponibilizar os arquivos com todas as operações e prestações realizadas por estabelecimento de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados através de seus sistemas.

A Fiscalização, em sua Manifestação Fiscal sobre o tema, reproduz o informativo do STF, e em seguida excertos do voto do Ministro Dias Toffoli sobre a quebra do sigilo de informações financeiras:

QUINTA-FEIRA, 18 DE FEVEREIRO DE 2016

JULGAMENTO SOBRE ACESSO DO FISCO A DADOS BANCÁRIOS SERÁ RETOMADO NA PRÓXIMA QUARTA (24)

O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) DEU PROSSEGUIMENTO NA SESSÃO DESTA QUINTA-FEIRA (17) AO JULGAMENTO CONJUNTO DE CINCO PROCESSOS QUE QUESTIONAM DISPOSITIVOS DA LEI COMPLEMENTAR (LC) 105/2001, QUE PERMITEM AOS BANCOS FORNECER DADOS BANCÁRIOS DE CONTRIBUINTES À RECEITA FEDERAL, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. **ATÉ O MOMENTO, JÁ FORAM PROFERIDOS SEIS VOTOS PELA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA E UM EM SENTIDO CONTRÁRIO, PREVALECENDO O ENTENDIMENTO DE QUE A LEI NÃO PROMOVE A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, MAS SOMENTE A TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS AO FISCO.** A ANÁLISE DO TEMA SERÁ CONCLUÍDA NA SESSÃO PLENÁRIA DA PRÓXIMA QUARTA-FEIRA (24), COM OS VOTOS DOS MINISTROS LUIZ FUX, GILMAR MENDES, CELSO DE MELLO E DO PRESIDENTE, MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI. (GRIFEI)

RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 601314, O MINISTRO EDSON FACHIN DESTACOU, EM SEU VOTO, **O CARÁTER**

NÃO ABSOLUTO DO SIGILO BANCÁRIO, QUE DEVE CEDER ESPAÇO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE, NAS HIPÓTESES EM QUE TRANSAÇÕES BANCÁRIAS DENOTEM ILICITUDES. O MINISTRO DESTACOU TAMBÉM QUE A LEI ESTÁ EM SINTONIA COM OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS PELO BRASIL EM TRATADOS INTERNACIONAIS QUE BUSCAM DAR TRANSPARÊNCIA E PERMITIR A TROCA DE INFORMAÇÕES NA ÁREA TRIBUTÁRIA, PARA COMBATER ATOS ILÍCITOS COMO LAVAGEM DE DINHEIRO E EVASÃO DE DIVISAS. SEGUNDO O MINISTRO FACHIN, A IDENTIFICAÇÃO DE PATRIMÔNIO, RENDIMENTOS E ATIVIDADES ECONÔMICAS DO CONTRIBUINTE PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DÁ EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, QUE, POR SUA VEZ, SOFRE RISCOS QUANDO SE RESTRINGEM AS HIPÓTESES QUE AUTORIZAM SEU ACESSO ÀS TRANSAÇÕES BANCÁRIAS DOS CONTRIBUINTES. (GRIFEI)

EM SEU ENTENDER, A LEI QUESTIONADA NÃO VIOLA A CONSTITUIÇÃO DE 1988. “NO CAMPO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL, VERIFICA-SE QUE O PODER PÚBLICO NÃO DESBORDOU DOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS AO EXERCER SUA RELATIVA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA NA MEDIDA EM QUE ESTABELECEU REQUISITOS OBJETIVOS PARA REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, ASSIM COMO MANTEVE O SIGILO DOS DADOS A RESPEITO DAS TRANSAÇÕES FINANCEIRAS DO CONTRIBUINTE, OBSERVANDO-SE O TRASLADO DO DEVER DE SIGILO DA ESFERA BANCÁRIA PARA A FISCAL”, AFIRMOU. O MINISTRO ACRESCENTOU QUE O ARTIGO 6º DA LC 105/2001 É TAXATIVO AO FACULTAR O EXAME DE DOCUMENTOS, LIVROS E REGISTROS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS SOMENTE SE HOVER PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO OU PROCEDIMENTO FISCAL EM CURSO E TAIS EXAMES SEJAM CONSIDERADOS INDISPENSÁVEIS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE. “ALÉM DISSO, O PARÁGRAFO ÚNICO DESSE DISPOSITIVO LEGAL PRECONIZA QUE O RESULTADO DOS EXAMES, AS INFORMAÇÕES E OS DOCUMENTOS A QUE SE REFERE ESSE ARTIGO SERÃO CONSERVADOS EM SIGILO, OBSERVADA A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA”, ENFATIZOU.

O JULGAMENTO DESTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA VAI LIBERAR, PELO MENOS, 353 PROCESSOS SOBRESTADOS EM TODO O PAÍS QUE ESTÃO À ESPERA DO ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O TEMA.

ADIs

RELATOR DAS QUATRO AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE QUESTIONAM A LEI – ADIs 2390, 2386, 2397 E 2859 – O MINISTRO DIAS TOFFOLI DESTACOU, EM SEU VOTO, QUE A PRÁTICA PREVISTA NA NORMA É CORRENTE EM VÁRIOS PAÍSES DESENVOLVIDOS E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO QUESTIONADO SERIA UM RETROCESSO DIANTE DOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL PARA COMBATER ILÍCITOS, COMO A

LAVAGEM DE DINHEIRO E EVASÃO DE DIVISAS, E PARA COIBIR PRÁTICAS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. O MINISTRO TOFFOLI AFIRMOU NÃO EXISTIR, NOS DISPOSITIVOS ATACADOS, VIOLAÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL, NOTADAMENTE O CONCERNENTE À INTIMIDADE, POIS A LEI NÃO PERMITE A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, MAS SIM A TRANSFERÊNCIA DESSE SIGILO DOS BANCOS AO FISCO.

SEGUNDO DESTACOU, A AFRONTA À GARANTIA DO SIGILO BANCÁRIO NÃO OCORRE COM O SIMPLES ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES, MAS SIM COM A EVENTUAL CIRCULAÇÃO DESSES DADOS. O MINISTRO RESSALTOU QUE A LEI PREVÊ PUNIÇÕES SEVERAS PARA O SERVIDOR PÚBLICO QUE VAZAR INFORMAÇÕES. NESSES CASOS, O RESPONSÁVEL PELO ILÍCITO ESTÁ SUJEITO À PENA DE RECLUSÃO, DE UM A QUATRO ANOS, MAIS MULTA, ALÉM DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL, CULMINANDO COM A PERDA DO CARGO.

EM SEU VOTO, ACOMPANHANDO OS RELATORES, O MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO MANIFESTOU PREOCUPAÇÃO EM DEIXAR CLARO QUE ESTADOS E MUNICÍPIOS DEVEM ESTABELECEER EM REGULAMENTO, ASSIM COMO FEZ A UNIÃO NO DECRETO 3.724/2001, A NECESSIDADE DE HAVER PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO PARA A OBTENÇÃO DAS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS DOS CONTRIBUINTES, DEVENDO-SE ADOTAR SISTEMAS ADEQUADOS DE SEGURANÇA E REGISTROS DE ACESSO PARA EVITAR A MANIPULAÇÃO INDEVIDA DOS DADOS, GARANTINDO-SE AO CONTRIBUINTE A TRANSPARÊNCIA DO PROCESSO. OS MINISTROS TEORI ZAVASCKI, ROSA WEBER E CÁRMEN LÚCIA TAMBÉM ACOMPANHARAM OS VOTOS DOS RELATORES, PELA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA ATACADA.

3 – CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E DOS DECRETOS Nº 3.724/2001 E Nº 4.489/2002

NO QUE TANGE À IMPUGNAÇÃO DOS ARTS. 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105, PONTO CENTRAL DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE, INSTA DESTACAR QUE O TEMA JÁ FOI OBJETO DE QUESTIONAMENTO PERANTE ESTA CORTE EM DUAS SIGNIFICATIVAS OCASIÕES. A PRIMEIRA DELAS, NO JULGAMENTO DA AC 33/PR. NESSES AUTOS, EM QUE O PLENÁRIO FIMDOU POR NÃO REFERENDAR A MEDIDA LIMINAR INICIALMENTE CONCEDIDA, SE INICIOU PROFÍCUO DEBATE ENTRE OS MEMBROS DESTA CORTE ACERCA DA Oponibilidade DO SIGILO BANCÁRIO AO FISCO, EM FACE DAS DISPOSIÇÕES CONSTANTES DA LC Nº 105/01. O JULGADO RESTOU ASSIM EMENTADO: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA). REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS

PROTEGIDOS POR SIGILO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001. A CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PRESSUPÕE A VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E O RISCO DO TRANSCURSO DO TEMPO NORMALMENTE NECESSÁRIO AO PROCESSAMENTO DO RECURSO E AO JULGAMENTO DOS PEDIDOS. ISOLADAMENTE CONSIDERADO, O AJUIZAMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE O TEMA É INSUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA A TODO E QUALQUER CASO. AUSÊNCIA DO RISCO DA DEMORA, DEVIDO AO CONSIDERÁVEL PRAZO TRANSCORRIDO ENTRE A SENTENÇA QUE DENEGOU A ORDEM E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO CAUTELAR, SEM A INDICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE QUALQUER EFEITO LESIVO CONCRETO DECORRENTE DO ATO TIDO POR COATOR (21.09.2001 – 30.06.2003). 6 REVISADO ADI 2390 / DF MEDIDA LIMINAR NÃO REFERENDADA. DECISÃO POR MAIORIA” (AC 33/PR-MC, RELATOR O MINISTRO MARCO AURÉLIO, RELATOR PARA O ACÓRDÃO O MIN. JOAQUIM BARBOSA, TRIBUNAL PLENO, DJE DE 10/2/11). OS DEBATES SE APROFUNDARAM NA APRECIÇÃO DO RE Nº 389.808/PR, TAMBÉM DE RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO MARCO AURÉLIO, O QUAL RECEBEU A SEGUINTE EMENTA: “SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. CONFORME DISPOSTO NO INCISO XII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A REGRA É A PRIVACIDADE QUANTO À CORRESPONDÊNCIA, ÀS COMUNICAÇÕES TELEGRÁFICAS, AOS DADOS E ÀS COMUNICAÇÕES, FICANDO A EXCEÇÃO – A QUEBRA DO SIGILO – SUBMETIDA AO CRIVO DE ÓRGÃO EQUIDISTANTE – O JUDICIÁRIO – E, MESMO ASSIM, PARA EFEITO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. CONFLITA COM A CARTA DA REPÚBLICA NORMA LEGAL ATRIBUINDO À RECEITA FEDERAL – PARTE NA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – O AFASTAMENTO DO SIGILO DE DADOS RELATIVOS AO CONTRIBUINTE”. (RE 389.808/PR, RELATOR O MINISTRO MARCO AURÉLIO, TRIBUNAL PLENO, DJE DE 10/5/11). SEGUNDO A POSIÇÃO QUE PREVALECEU NA CORTE, POR MAIORIA, O ACESSO PELO FISCO DOS DADOS BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE CONSTITUÍA MATÉRIA SUJEITA À RESERVA DE JURISDIÇÃO. ALGUNS POSICIONAMENTOS SINTETIZAM A CONCLUSÃO OBTIDA. O MINISTRO MARCO AURÉLIO, RELATOR DO FEITO, SALIENTOU QUE, NOS AUTOS DA PET Nº 3.898, FICOU ASSENTADO QUE “NEM MESMO O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA PODERIA TER ACESSO A DADOS BANCÁRIOS DE CERTO CIDADÃO – INDIVIDUALIZADO”, E REMEMOROU SUA EXCELÊNCIA QUE A RECEITA FEDERAL É ÓRGÃO SUBORDINADO AO MINISTÉRIO DA FAZENDA. APONTOU, AINDA, QUE A CORTE, NOS AUTOS DO RE Nº 461.366-2/DF, NÃO RECONHECEU AO BANCO CENTRAL,

ÓRGÃO COM ATUAÇÃO FISCALIZADORA, A POSSIBILIDADE DE ACESSAR DADOS DE CORRENTISTA, E CATEGORIZOU A RECEITA FEDERAL COMO ÓRGÃO “FISCALISTA POR EXCELÊNCIA”, O QUE A AFASTARIA, AINDA MAIS, DO ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS 7 REVISADO ADI 2390 / DF DOS CONTRIBUINTES. O MINISTRO CELSO DE MELLO DESTACOU QUE O SIGILO BANCÁRIO POSSUI ASSENTO CONSTITUCIONAL, POIS PROTEGE A ESFERA DE INTIMIDADE FINANCEIRA DAS PESSOAS E SE MANIFESTOU NO SENTIDO DE QUE “A PRETENSÃO ESTATAL VOLTADA À DISCLOSURE DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS CONSTITUI FATOR DE GRAVE RUPTURA DAS DELICADAS RELAÇÕES - JÁ ESTRUTURALMENTE TÃO DESIGUAIS - EXISTENTES ENTRE O ESTADO E O INDIVÍDUO”. O MINISTRO CEZAR PELUSO, POR SEU TURNO, SALIENTOU QUE ESSA CONCLUSÃO “EM NADA PREJUDICA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE PODE, FUNDAMENTADAMENTE, REQUERER AO PODER JUDICIÁRIO, QUE LHE FRANQUEARÁ ACESSO AOS DADOS DE QUE PRECISE”. POR OUTRO LADO, INICIEI A DIVERGÊNCIA, PARA DESTACAR QUE O § 1º DO ART. 145 DA CF/88 DISPÕE, EM SÍNTESE, QUE A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA PODERÁ “IDENTIFICAR, RESPEITADOS OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E NOS TERMOS DA LEI, O PATRIMÔNIO, OS RENDIMENTOS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS DO CONTRIBUINTE”. E CONCLUÍ QUE A LEI EM QUESTÃO SE MOSTRAVA CONSENTÂNEA COM OS DIREITOS DOS CIDADÃOS, UMA VEZ QUE PREVIA A MANUTENÇÃO DO SIGILO. NO MESMO SENTIDO, VOTOU A MINISTRA CÂRMEN LÚCIA – QUE SE MANIFESTOU PELA AUSÊNCIA DE QUEBRA DA PRIVACIDADE, “UMA VEZ QUE NÃO [SE] ESTÁ AUTORIZADO POR LEI A DAR A PÚBLICO, MAS APENAS A TRANSFERIR PARA UM OUTRO ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO, PARA O CUMPRIMENTO DAS FINALIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, AQUELES DADOS”. TAMBÉM NA MESMA DIREÇÃO, SE POSICIONOU O MINISTRO AYRES BRITTO, QUE DESTACOU: “[A] CONJUGAÇÃO DO INCISO XII COM O INCISO X DA CONSTITUIÇÃO ABONA A TESE DE QUE O QUE SE PROÍBE NÃO É O ACESSO A DADOS, MAS A QUEBRA DO SIGILO, É O VAZAMENTO DO CONTEÚDO DE DADOS. É O VAZAMENTO, É A DIVULGAÇÃO. E, NO CASO, AS LEIS DE REGÊNCIA, AO FALAR DAS TRANSFERÊNCIAS DE DADOS SIGILOSOS, É EVIDENTE QUE ELAS IMPÕEM AO ÓRGÃO DESTINATÁRIO DESSES DADOS A CLÁUSULA DA CONFIDENCIALIDADE, CUJA QUEBRA IMPLICA A TIPIFICAÇÃO OU O COMETIMENTO DE CRIME.” 8 REVISADO ADI 2390 / DF APONTADAS AS DISTINTAS PERSPECTIVAS EM QUE SE PÔS, ATÉ AQUI, A DISCUSSÃO DO TEMA NESTA CORTE, TENHO POR RELEVANTE, NOS PRESENTES FEITOS, ABORDAR EM SEPARADO DOIS ELEMENTOS QUE REFLETEM, EM ESSÊNCIA, MINHA COMPREENSÃO QUANTO AO TEMA: (I) A INEXISTÊNCIA, NOS DISPOSITIVOS COMBATIDOS, DE VIOLAÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL (NOTADAMENTE DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE), POIS NÃO HÁ “QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO”, MAS, AO CONTRÁRIO, A AFIRMAÇÃO DAQUELE DIREITO; E (II) A CONFLUÊNCIA ENTRE OS DEVERES DO CONTRIBUINTE (O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS) E OS DEVERES DO FISCO

(O DEVER DE BEM TRIBUTAR E FISCALIZAR), ESSES ÚLTIMOS COM ESPEQUE, INCLUSIVE, NOS MAIS RECENTES COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL. A) MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: DO SIGILO BANCÁRIO AO SIGILO FISCAL. COMO SALIENTEI, MANTENHO O ENTENDIMENTO QUE EM OUTRAS OCASIÕES JÁ EXTERNEI: PARA SE FALAR EM “QUEBRA” DE SIGILO BANCÁRIO PELOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS, NECESSÁRIO SERIA VISLUMBRAR, EM SEUS COMANDOS, AUTORIZAÇÃO PARA A EXPOSIÇÃO DAS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. CONSOANTE ASSINALOU O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA EM SEU PARECER, “A AFRONTA À GARANTIA DO SIGILO BANCÁRIO, COMO DITO, COMPREENDIDA NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO INCISO X DO ARTIGO 5º DA CARTA DA REPÚBLICA, NÃO OCORRE COM O SIMPLES ACESSO A ESSES DADOS, MAS VERDADEIRAMENTE COM A CIRCULAÇÃO DESSES DADOS”. A PREVISÃO DE CIRCULAÇÃO DOS DADOS BANCÁRIOS, TODAVIA, INEXISTE NOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS, QUE CONSAGRAM, DE MODO EXPRESSO, A PERMANÊNCIA DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS COM ESPEQUE EM SEUS COMANDOS. É O QUE EXPRESSAM O § 5º DO ART. 5º E O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 6º. VIDE A ÍNTEGRA DOS DISPOSITIVOS CITADOS: “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 9 REVISADO ADI 2390 / DF USUÁRIOS DE SEUS SERVIÇOS. § 1º (...) § 2º (...) § 3º (...) § 4º RECEBIDAS AS INFORMAÇÕES DE QUE TRATA ESTE ARTIGO, SE DETÉM DOS INDÍCIOS DE FALHAS, INCORREÇÕES OU OMISSÕES, OU DE COMETIMENTO DE ILÍCITO FISCAL, A AUTORIDADE INTERESSADA PODERÁ REQUISITAR AS INFORMAÇÕES E OS DOCUMENTOS DE QUE NECESSITAR, BEM COMO REALIZAR FISCALIZAÇÃO OU AUDITORIA PARA A ADEQUADA APURAÇÃO DOS FATOS. § 5º AS INFORMAÇÕES A QUE REFERE ESTE ARTIGO SERÃO CONSERVADAS SOB SIGILO FISCAL, NA FORMA DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR. ART. 6º AS AUTORIDADES E OS AGENTES FISCAIS TRIBUTÁRIOS DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS SOMENTE PODERÃO EXAMINAR DOCUMENTOS, LIVROS E REGISTROS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, INCLUSIVE OS REFERENTES A CONTAS DE DEPÓSITOS E APLICAÇÕES FINANCEIRAS, QUANDO HOUVER PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO OU PROCEDIMENTO FISCAL EM CURSO E TAIS EXAMES SEJAM CONSIDERADOS INDISPENSÁVEIS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE. PARÁGRAFO ÚNICO. O RESULTADO DOS EXAMES, AS INFORMAÇÕES E OS DOCUMENTOS A QUE SE REFERE ESTE ARTIGO SERÃO CONSERVADOS EM SIGILO, OBSERVADA A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.” SOMA-SE A ISSO O ART. 10 DA PRÓPRIA LEI COMPLEMENTAR, QUE ESTABELECE QUE A DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEI

CONSTITUI CRIME, O QUAL É APENADO COM RECLUSÃO, DE UM A QUATRO ANOS, E MULTA. ALÉM DISSO, A LEI FIXA, NO ART. 11, A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO SERVIDOR PÚBLICO QUE “UTILIZAR OU VIABILIZAR A UTILIZAÇÃO DE QUALQUER INFORMAÇÃO OBTIDA EM DECORRÊNCIA DA QUEBRA DE SIGILO DE QUE TRATA ESTA LEI COMPLEMENTAR”, RESPONDENDO “PESSOAL E DIRETAMENTE PELOS DANOS DECORRENTES, SEM PREJUÍZO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ENTIDADE PÚBLICA, QUANDO COMPROVADO QUE O SERVIDOR AGIU DE ACORDO COM ORIENTAÇÃO OFICIAL”. A DETERMINAÇÃO DE SIGILO SE ESTENDE, AINDA, PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, 10 REVISADO ADI 2390 / DF APONTADA NOS DISPOSITIVOS QUESTIONADOS. OBSERVE-SE QUE O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, NO ART. 198, “[VEDA] A DIVULGAÇÃO, POR PARTE DA FAZENDA PÚBLICA OU DE SEUS SERVIDORES, DE INFORMAÇÃO OBTIDA EM RAZÃO DO OFÍCIO SOBRE A SITUAÇÃO ECONÔMICA OU FINANCEIRA DO SUJEITO PASSIVO OU DE TERCEIROS E SOBRE A NATUREZA E O ESTADO DE SEUS NEGÓCIOS OU ATIVIDADES”. QUESTIONO, ENTÃO: DE QUE TRATAM TODOS ESSES DISPOSITIVOS, SENÃO DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES? NA PERCUCIENTE DEFINIÇÃO DA EMINENTE MINISTRA ELLEN GRACIE, EXPOSTA DURANTE O JULGAMENTO DA AC Nº 33, “O QUE OCORRE NÃO É PROPRIAMENTE A QUEBRA DE SIGILO, MAS A ‘TRANSFERÊNCIA DE SIGILO’ DOS BANCOS AO FISCO. OS DADOS, ATÉ ENTÃO PROTEGIDOS PELO SIGILO BANCÁRIO, PROSSEGUEM PROTEGIDOS PELO SIGILO FISCAL”. NESSA TRANSMUTAÇÃO, IMPORTA SALIENTAR QUE INEXISTE QUALQUER DISTINÇÃO ENTRE UMA E OUTRA ESPÉCIE DE SIGILO QUE POSSA APONTAR PARA UMA MENOR SERIEDADE DO SIGILO FISCAL EM FACE DO BANCÁRIO. AO CONTRÁRIO, OS SEGREDOS IMPOSTOS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (MUITAS DAS QUAIS, DE NATUREZA PRIVADA), SE MANTÊM, COM AINDA MAIS RAZÃO, COM RELAÇÃO AOS ÓRGÃOS FISCAIS INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SUBMETIDOS QUE SÃO À MAIS ESTRITA LEGALIDADE. CONFORME APONTEI NOS AUTOS DO RE Nº 389.808/PR, “NÃO HÁ QUE SE CONSIDERAR QUE UM GERENTE DE UMA INSTITUIÇÃO PRIVADA, UM CAIXA DE UM BANCO PRIVADO, SEJA MAIS RESPONSÁVEL DO QUE UM AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, QUE TEM TODAS AS RESPONSABILIZAÇÕES E PODE PERDER O SEU CARGO SE DESCUMPRIR A LEI. A MAIORIA DOS BRASILEIROS FAZ MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA EM BANCOS PRIVADOS, COM CAIXAS DE BANCO, FUNCIONÁRIOS DE BANCOS, ESCRITURÁRIOS DE BANCOS, GERENTES DE BANCOS TENDO ACESSO TOTAL A ESSAS MOVIMENTAÇÕES. TODOS COM O DEVER DE SIGILO. O AUDITOR DA RECEITA FEDERAL NÃO TEM RESPONSABILIDADE? TANTO O CAIXA DE BANCO QUE QUEBRE O SIGILO SERÁ PENALIZADO QUANTO O AUDITOR DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL SE O FIZER.”. TRATA-SE, DESSE MODO, DE UMA TRANSFERÊNCIA DE DADOS SIGILOSOS DE 11 REVISADO ADI 2390 / DF UM DETERMINADO PORTADOR, QUE TEM O DEVER DE SIGILO, PARA OUTRO, QUE MANTÉM A OBRIGAÇÃO DE SIGILO. NOTE-SE QUE, AO SE DIZER QUE HÁ MERA TRANSFERÊNCIA DE

INFORMAÇÕES, NÃO SE ESTÁ POR DESCONSIDERAR A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS DADOS PELO FISCO. ESTÁ-SE, CONTUDO, A DIZER QUE ESSA UTILIZAÇÃO NÃO DESNATURA O CARÁTER SIGILOSO DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DO CONTRIBUINTE, E, DESSA FORMA, NÃO TEM O CONDÃO DE IMPLICAR VIOLAÇÃO DE SUA PRIVACIDADE. PARA ESSA CONCLUSÃO, VALE RECORDAR O REAL INTUITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE, PREVISTA NO ART. 5º, X, DA CF/88 (“SÃO INVOLÁVEIS A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA, A HONRA E A IMAGEM DAS PESSOAS, ASSEGURADO O DIREITO A INDENIZAÇÃO PELO DANO MATERIAL OU MORAL DECORRENTE DE SUA VIOLAÇÃO”). NA LIÇÃO DE ADA PELLEGRINI GRINOVER, “[O] DIREITO AO SEGREDO OU O DIREITO AO RESPEITO DA VIDA PRIVADA OBJETIVA IMPEDIR QUE A AÇÃO DE TERCEIRO PROCURE CONHECER E DESCOBRIR ASPECTOS DA VIDA PRIVADA ALHEIA; POR OUTRO LADO, O DIREITO À RESERVA OU DIREITO À PRIVACIDADE SUCEDE O DIREITO AO SEGREDO, COMPREENDENDO A DEFESA DA PESSOA DA DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS PARTICULARES, EMBORA LEGITIMAMENTE CONHECIDAS PELO DIVULGADOR” (GRINOVER, APUD ROQUE, MARIA JOSÉ OLIVEIRA LIMA. SIGILO FISCAL E DIREITO À INTIMIDADE. 1. ED. CURITIBA: JURUÁ, 2003, P. 43. PELLEGRINI, ADA. LIBERDADES PÚBLICAS E PROCESSO PENAL. SÃO PAULO, 1976). NESSE SENTIDO, O CONHECIMENTO DA NOTÍCIA, DO DADO, DA INFORMAÇÃO NÃO IMPLICA, POR SI, QUE HAJA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE, DESDE QUE: 1) NÃO SEJA SEGUIDO DE DIVULGAÇÃO; 2) FOR DO DOMÍNIO APENAS DE QUEM LEGITIMAMENTE O DETENHA. E É NISSO QUE RESIDE O CHAMADO ‘SIGILO FISCAL’: O FISCO, É CERTO, DETÉM AMPLA INFORMAÇÃO RELATIVA “[A]O PATRIMÔNIO, [A]OS RENDIMENTOS E [À]S ATIVIDADES ECONÔMICAS DO CONTRIBUINTE” (ART. 145, § 1º, DA CF/88), E TEM, EM CONTRAPARTIDA, O DEVER DE SOBRE ELA SILENCIAR (NO SENTIDO DE NÃO PROCEDER À DIVULGAÇÃO); PERMANECENDO-LHE LEGÍTIMO UTILIZAR OS DADOS 12 REVISADO ADI 2390 / DF PARA O FIM DE EXERCER OS COMANDOS CONSTITUCIONAIS QUE LHE IMPÕEM A TRIBUTAÇÃO. E, ENQUANTO A ATIVIDADE DO FISCO SE DESENVOLVER SOB ESSES LIMITES (SIGILO E UTILIZAÇÃO DEVIDA), ESTÁ RESPALDADA PELA PREVISÃO CONSTITUCIONAL INSERTA NO ART. 145, § 1º, DA CF/88: “ART. 145. (...) § 1º SEMPRE QUE POSSÍVEL, OS IMPOSTOS TERÃO CARÁTER PESSOAL E SERÃO GRADUADOS SEGUNDO A CAPACIDADE ECONÔMICA DO CONTRIBUINTE, FACULTADO À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, ESPECIALMENTE PARA CONFERIR EFETIVIDADE A ESSES OBJETIVOS, IDENTIFICAR, RESPEITADOS OS DIREITOS INDIVIDUAIS E NOS TERMOS DA LEI, O PATRIMÔNIO, OS RENDIMENTOS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS DO CONTRIBUINTE.”. ILUSTRO A LEGITIMIDADE DO FISCO PARA DETER A INFORMAÇÃO BANCÁRIA DOS CONTRIBUINTES, RETOMANDO O QUE DISSE NO JULGAMENTO DO RE Nº 389.808/PR: QUAL O CONJUNTO MAIOR DE PATRIMÔNIO QUE DETÉM O CIDADÃO? SEUS BENS, QUE SÃO – POR IMPOSIÇÃO

LEGAL, NÃO POR ORDEM JUDICIAL – OBRIGATORIAMENTE DECLARADOS À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. E, SE A RECEITA FEDERAL JÁ DETÉM O CONJUNTO MAIOR, QUE CORRESPONDE À DECLARAÇÃO DO CONJUNTO TOTAL DE NOSSOS BENS, POR QUE ELA NÃO PODERIA TER ACESSO – TAMBÉM SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E DESDE QUE “RESPEITADOS OS DIREITOS INDIVIDUAIS” – AO CONJUNTO MENOR? EM SÍNTESE, TENHO QUE O QUE FEZ A LC 105/01 FOI POSSIBILITAR O ACESSO DE DADOS BANCÁRIOS PELO FISCO, PARA IDENTIFICAÇÃO, COM MAIOR PRECISÃO, POR MEIO DE LEGÍTIMA ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA, DO PATRIMÔNIO, DOS RENDIMENTOS E DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS DO CONTRIBUINTE, SEM PERMITIR, CONTUDO, A DIVULGAÇÃO DESSAS INFORMAÇÕES, RESGUARDANDO-SE A INTIMIDADE E A VIDA ÍNTIMA DO CORRENTISTA. ESSE RESGUARDO SE TORNA EVIDENTE COM A LEITURA SISTEMÁTICA DA LC Nº 105/01, EM VERDADE, BASTANTE PROTETIVA NA PONDERAÇÃO ENTRE O ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE E O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA PELO FISCO. 13 REVISADO ADI 2390 / DF O PRIMEIRO ELEMENTO QUE EVIDENCIA ESSE CONJUNTO PROTETIVO DO CIDADÃO É O SIGILO FISCAL: CONFORME JÁ MENCIONADO NESTE VOTO, OS DADOS OBTIDOS PERANTE AS INSTITUIÇÃO FINANCEIRAS SÃO MANTIDOS EM SIGILO (ART. 5º, § 5º, E ART. 6º, PARÁGRAFO ÚNICO), TANTO QUE OS SERVIDORES RESPONSÁVEIS POR EVENTUAL EXTRAVASAMENTO DESSAS INFORMAÇÕES DEVEM SER RESPONSABILIZADOS ADMINISTRATIVA E CRIMINALMENTE (ARTS. 10 E 11). EM SEGUIDA, PODE-SE OBSERVAR O DESENVOLVIMENTO PAULATINO DA ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA, QUE SE INICIA COM MEIOS MENOS GRAVOSOS AO CONTRIBUINTE: É QUE A NATUREZA DAS INFORMAÇÕES ACESSADAS PELO FISCO NA FORMA DO ART. 5º DA LEI COMPLEMENTAR É, INICIALMENTE, BASTANTE RESTRITA, LIMITANDO-SE, CONFORME DISPÕE O SEU § 2º, À IDENTIFICAÇÃO DOS “TITULARES DAS OPERAÇÕES E DOS MONTANTES GLOBAIS MENSALMENTE MOVIMENTADOS, SENDO VEDADA A INCLUSÃO DE QUALQUER ELEMENTO QUE PERMITA IDENTIFICAR SUA ORIGEM OU A NATUREZA DOS GASTOS A PARTIR DELES EFETUADOS”. PERCEBA-SE, POIS, QUE, COM BASE NESSE DISPOSITIVO, A ADMINISTRAÇÃO TEM ACESSO APENAS A DADOS GENÉRICOS E CADASTRAIS DOS CORRENTISTAS. ESSAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA FORMA DO ART. 5º DA LC SÃO CRUZADAS COM OS DADOS FORNECIDOS ANUALMENTE PELAS PRÓPRIAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS VIA DECLARAÇÃO ANUAL DE IMPOSTO DE RENDA, DE MODO QUE TAIS INFORMAÇÕES JÁ NÃO SÃO, A RIGOR, SIGILOSAS. APENAS SE, NO COTEJO DESSAS INFORMAÇÕES, FOREM “DETECTADOS INDÍCIOS DE FALHAS, INCORREÇÕES OU OMISSÕES, OU DE COMETIMENTO DE ILÍCITO FISCAL, A AUTORIDADE INTERESSADA PODERÁ REQUISITAR AS INFORMAÇÕES E OS DOCUMENTOS DE QUE NECESSITAR, BEM COMO REALIZAR FISCALIZAÇÃO OU AUDITORIA PARA A ADEQUADA APURAÇÃO DOS FATOS” (§ 4º DO ART. 5º). EM TAL CASO, PARA O EXAME MAIS ACURADO DAS

INFORMAÇÕES FINANCEIRAS POR AUTORIDADES E AGENTES FISCAIS TRIBUTÁRIOS, A LC 105, EM SEU ART. 6º, TRAÇA REQUISITOS RIGOROSOS, UMA VEZ QUE REQUER: A EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO OU PROCEDIMENTO FISCAL EM CURSO, BEM COMO A INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO HÁBIL PARA ESCLARECER OS FATOS INVESTIGADOS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ALÉM, PORTANTO, DE CONSISTIR EM MEDIDA FISCALIZATÓRIA SIGILOSA E PONTUAL, O ACESSO AMPLO A DADOS BANCÁRIOS PELO FISCO REQUER A EXISTÊNCIA 14 REVISADO ADI 2390 / DF DE PROCESSO ADMINISTRATIVO (OU PROCEDIMENTO FISCAL), O QUE, POR SI, ATRAI, AINDA, PARA O CONTRIBUINTE, TODAS AS GARANTIAS DA LEI Nº 9.784/99 – DENTRE ELAS, A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA FINALIDADE, DA MOTIVAÇÃO, DA PROPORCIONALIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO (ART. 2º, CAPUT, DA LEI 9.784/99) –, A PERMITIR EXTENSA POSSIBILIDADE DE CONTROLE SOBRE OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO FISCAL. O MESMO SE DIGA QUANTO AOS DECRETOS REGULAMENTADORES DOS ARTS. 5º E 6º DA LC Nº 105/01 (DECRETOS Nº 3.724, DE 10 DE JANEIRO DE 2001, E Nº 4.489, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2009), QUE TÃO SOMENTE DENSIFICARAM ESSAS PREVISÕES NORMATIVAS, COM REFORÇO AO DEVER DE SIGILO JÁ IMPOSTO NA LEI COMPLEMENTAR. PERCEBE-SE, POIS, A IMPROPRIEDADE DO ARGUMENTO DOS AUTORES DESTAS AÇÕES DE QUE A LEI COMPLEMENTAR 105/2001, E SEUS DECRETOS REGULAMENTADORES, PROMOVERIAM UMA “DEVASSA” NA VIDA FINANCEIRA DOS CONTRIBUINTES. AO CONTRÁRIO, FORAM RESPEITADOS OS DIREITOS E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES, EXATAMENTE COMO DETERMINA O ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ATENDENDO, DESTARTE, AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. TENHO, POR TUDO QUANTO FOI EXPOSTO, QUE OS ARTS. 5º E 6º DA LC Nº 105/01, ALÉM DE NÃO VIOLAREM QUALQUER GARANTIA CONSTITUCIONAL, REPRESENTAM O PRÓPRIO CUMPRIMENTO DOS COMANDOS CONSTITUCIONAIS DIRECIONADOS AO FISCO, BEM COMO DOS COMANDOS DIRIGIDOS AOS CIDADÃOS, NA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA QUE OS UNE. É O QUE PASSO A EXPOR.

Do exposto acima, é possível concluir também pela legalidade da quebra de sigilo bancário através de requisição administrativa, sem a interveniência do Poder Judiciário.

Esta segunda preliminar resta também afastada.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, nos meses de junho a agosto e dezembro de 2015, maio e setembro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, e janeiro a agosto de 2018, apuradas mediante confronto entre o valor do faturamento declarado pela Autuada ao Fisco por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório – PGDAS-D, e faturamento igual a zero, por falta de transmissão da Declaração de Apuração e Informação do ICMS –

DAPI, nos anos de 2017/2018 e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, tendo sido aplicado, quanto a esta segunda multa, o limitador previsto no § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Foi eleito para polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, o empresário individual (vide requerimento de empresário às fls. 65) arrolado no Auto de Infração, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Instruem os autos: o Relatório Fiscal-Contábil de fls. 09/18, bem como DVD-R (fls. 19/20), contendo os Anexos 9.1 a 9.11.

No Anexo 9.3, constam, em especial, as declarações geradas mediante o PGDAS-D, das quais foram extraídos os dados da Autuada sobre receita bruta informada, do período de 01/06/15 a 31/12/16. Não constam as DAPIs do período de janeiro de 2017 a agosto de 2018, já que a Autuada não as transmitiu para o Fisco, descumprindo legislação já mencionada acima.

Já no Anexo 9.4, consta planilha elaborada pela Fiscalização, contendo as receitas brutas do período de 01/06/15 a 31/12/16, e ainda apontando que, no período de 01/01/17 a 31/12/18, o valor mensal da receita bruta é igual a zero.

A planilha correspondente ao Anexo 9.5 traz o “Demonstrativo de apuração do valor de vendas com tributação normal e com substituição tributária/isenta sobre a receita bruta total auferida pelo sujeito passivo”, no qual está registrado não terem ocorrido, no período de junho de 2015 a dezembro de 2018, saídas sujeitas à isenção ou à ST, mas somente saídas sujeitas à tributação normal do ICMS.

O Anexo 9.6 oferece os dados transmitidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito: Banco Bradesco Cartões, Banco Santander, Cielo, Getnet e Rede, conforme registro tipo 65, para o período de junho de 2015 a agosto de 2018.

Os dados transmitidos por estas empresas incluem: inscrição estadual do estabelecimento credenciado; data da operação; número do comprovante de pagamento atribuído pela administradora, natureza da operação realizada, sendo “1” para crédito e “2” para débito; valor bruto da respectiva operação.

O Anexo 9.7 traz a consolidação dos valores recebidos pela Autuada, mensalmente, a título de operações de crédito e débito, bem como os somatórios mensal e final, para o período de junho de 2015 a agosto de 2018, conforme registro tipo 66. Esses valores foram transpostos pela Fiscalização para a planilha correspondente ao Anexo 9.8, denominada “Demonstrativo de apuração do valor total do cartão emitido pelas administradoras de cartão de crédito/débito do sujeito passivo”.

Já o Anexo 9.9 apresenta quatro planilhas anuais, correspondentes aos anos de 2015 a 2018, nas quais consta o confronto entre os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito e os valores informados pela Autuada.

Das planilhas que compõem o Anexo 9.9 defluiu a exigência imposta por meio do Auto de Infração, na medida em que resta provada a diferença entre o faturamento declarado e aquele informado pelas administradoras de cartões de crédito/débito, ensejando, no que tange a esta diferença, sua subtração à tributação do ICMS, especificamente, nos seguintes meses: junho a agosto e dezembro de 2015, maio e setembro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, e janeiro a agosto de 2018.

Nos meses de junho a agosto e dezembro de 2015, bem como nos de maio e setembro a dezembro de 2016, os valores informados pela Autuada foram inferiores àqueles informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Por outro lado, para os anos de 2017 e 2018, o valor informado pela Autuada, a título de faturamento mensal, é igual a zero, o que caracteriza a situação na qual a Autuada realizou as operações de saída de mercadorias de que decorreu o faturamento, sem informar ao Fisco qualquer valor, como se nenhuma delas tivesse ocorrido.

O cálculo mensal do crédito tributário exigido da Autuada é apresentado nas planilhas do Anexo 9.10, assim como o demonstrativo de crédito tributário total corresponde à planilha do Anexo 9.11.

O valor referente às vendas sem acobertamento fiscal foi submetido à tributação com utilização da alíquota do imposto no percentual de 18% (dezoito por cento), conforme art. 12, inciso I, alíneas “d” e “d.1”, c/c § 71 e o art. 51, inciso III, ambos da Lei nº 6.763/75.

Como se verifica dos autos, a Fiscalização, por entender que não restaram devidamente especificadas as cargas tributárias das operações realizadas sem a emissão de documento fiscal, aplicou corretamente a alíquota no percentual de 18% (dezoito por cento), conforme preceituado no art. 12, § 71, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

A norma ínsita no art. 12, § 71, inciso I da Lei nº 6.763/75, foi introduzida na Lei nº 6.763/75 pela Lei nº 20.540, de 14 de dezembro de 2012, e assim dispõe:

Art. 12 (...)

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

(Grifou-se)

Depreende-se da leitura da norma em destaque, que sua aplicabilidade restringe-se aos lançamentos nos quais o valor das operações ou das prestações é arbitrado pela Autoridade Fiscal (art. 51 da Lei nº 6.763/75) ou amparado nas

presunções legais de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais, conforme autorização prevista na Lei nº 6.763/75 (art. 49, § 2º), o que é caso da irregularidade consubstanciada **nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais apuradas nestes autos**, que foram apuradas mediante cotejo dos valores informados ao Fisco pelas administradoras de cartões de crédito/débito e os valores do faturamento declarados.

Independentemente de ter estado a empresa cadastrada no Simples Nacional no período de 01/06/15 a 31/12/16, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

Art. 13 - O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Cita-se, ainda, outras decisões mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

Vale dizer que o procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Dessa forma, apesar da Autuada afirmar que não promoveu a saída de qualquer mercadoria desacobertada de documento fiscal, resta comprovado que esta cometeu a irregularidade apontada pela Fiscalização.

A menção feita pela Autuada de que a Fiscalização teria reconhecido não ter havido faturamento nos anos de 2017 e 2018 não se mostra cabível, tendo em vista que ficou provado que a Autuada não declarou qualquer valor para estes anos, o que se contrapõe aos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Ao citar caráter indiciário da base probatória calcada em informação fornecida por terceiros, a Defesa afirma que a prova cabal estaria sujeita à análise física das notas fiscais de entrada e saída. Porém, no presente caso, o que restou provado foi que a Autuada deixou de emitir notas fiscais em saídas de mercadorias sujeitas à tributação do ICMS. Em decorrência desta conduta, deixou de declarar o faturamento que recebeu de seus clientes; em consequência, deixou de recolher o imposto devido. Se não fosse a informação prestada pelas administradoras de cartões de crédito/débito, a Fiscalização não teria outros elementos para comprovar a omissão de receita.

A descrição acima do procedimento adotado pela Autuada resulta na constatação de que a análise física das notas fiscais de entrada e saída não teria o condão de identificar a irregularidade cometida por esta. Somente a possibilidade de ter

a outra fonte de informação quanto ao faturamento seria capaz de cumprir bem este papel, como foi no caso em análise, de permitir a identificação da conduta ilícita praticada pela Autuada.

Da mesma forma, não pode prosperar o entendimento da Defesa de que a documentação utilizada pela Fiscalização não seria suficiente para comprovação da suposta ocorrência do fato gerador do ICMS. A documentação tem origem lícita, como já esclarecido, e permite a constatação da irregularidade apontada pela Fiscalização, como já descrito acima.

Igual conclusão se chega quanto à alegação de que as informações fornecidas pelas administradoras de cartão seriam documentos extrafiscais e que teriam servido de base apenas para uma “presunção” de circulação jurídica de mercadorias.

Em vários trechos da Impugnação, é citado o art. 112 do CTN, que assim dispõe:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Contudo, o reiterado pedido de aplicação do art. 112 do CTN não encontra guarida, no presente caso, já que com a reunião de elementos na peça fiscal para identificação da conduta delitiva da Autuada não restou espaço para dúvida, quanto à capitulação, à natureza e circunstâncias materiais do fato e demais aspectos listados nos incisos deste artigo.

Os acórdãos colacionados pela Defesa, de números 13.829/99/3^a e 15.242/02/2^a, não podem ser aplicados ao caso em análise porque tratam de documentos extrafiscais.

No caso do Acórdão n° 13.829/99/3^a, a decisão se deu pela exclusão dos valores constantes de pedidos que, pelas suas características (falta de assinatura e condições de pagamento), não se configuram em vendas, com base no art. 112, inciso II do CTN.

Já quanto ao Acórdão n° 15.242/02/2^a, este levou em conta aspectos sobre a materialidade, como os descritos no extrato da decisão a seguir transcrito:

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. IMPUTAÇÃO FISCAL DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS ATRAVÉS DE DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS (CONTROLES INTERNOS) APREENDIDOS NO ESTABELECIMENTO DA IMPUGNANTE. NO ENTANTO, NÃO FICOU SUFICIENTEMENTE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DEMONSTRADO QUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO TENHA ESPELHADO A VERDADE DOS FATOS, ENSEJANDO ASSIM O CANCELAMENTO DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS COM BASE NO ARTIGO 112, INCISO II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

NÃO EXISTE COMPROVAÇÃO DE QUE AS INFORMAÇÕES CONTIDAS NO CONTROLE INTERNO TRATAM EFETIVAMENTE DE RECEITAS ALCANÇADAS PELO ICMS, NEM DE QUE ESTAS REFLETEM NA VERDADE SAÍDAS DE NUMERÁRIO, PRINCIPALMENTE PELO FATO DE QUE ALGUNS PRODUTOS NO MESMO RELACIONADOS NÃO DIZEM RESPEITO À ATIVIDADE DESEMPENHADA PELA IMPUGNANTE. OU SEJA, ESTAS CONSTATAÇÕES LEVANTAM DÚVIDA QUANTO A EFETIVA OCORRÊNCIA DE OPERAÇÕES DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

Nos dois casos objeto dos referidos acórdãos, o julgamento dependeu de se confirmar ou não se os documentos tomados como prova pela Fiscalização detinham os elementos necessários a atestar que os fatos geradores da obrigação tributária principal se realizaram.

No presente caso, as informações prestadas são revestidas da obrigatoriedade imposta por norma tributária vigente, como já tratado acima. Afinal, as administradoras de cartões de crédito/débito informam ao Fisco sobre as operações realizadas por seus clientes, dentre eles constando a Autuada, porque são obrigados por norma a fazê-lo. Daí, afasta-se o caráter de documento extrafiscal, assim como acentua-se a presunção de veracidade da informação prestada.

A alegada violação aos arts. 112, 114, 116 e 142 do CTN não se mostra plausível, na medida em que restou provada a ocorrência da irregularidade apontada pela Fiscalização.

A despeito de argumentos em contrário apresentados pelos Impugnantes, resta clara a submissão do procedimento fiscal ao princípio da legalidade, na medida em que todo o procedimento fiscal subsume-se aos ditames legais vigentes. Em especial quanto à previsão legal para a aplicação das multas.

Provada a conduta delitativa, respondido está o argumento da Defesa de que não teria dado saída de mercadorias desacobertas e, conseqüentemente, não estaria sancionada pelos fatos a aplicação das penalidades pela Fiscalização.

Portanto, correta as exigências de ICMS, da Multa de Revalidação e da Isolada, capituladas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, respectivamente, ambos da Lei nº 6.763/75:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II- por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(...)

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II- havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no acima transcrito inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto exigido (vide fls. 25 dos autos).

A exigência das multas decorre, segundo a norma vigente, da falta de pagamento do imposto devido, assim como da saída de mercadorias desacobertada de documento fiscal.

Os Impugnantes alegam que o lançamento da multa isolada foi feito tendo como referência o período de 01/12/18 a 31/12/18 (vide campo "Referência" às fls. 08), o que extrapolaria o período fiscalizado, de 01/06/15 a 31/08/18.

No que diz respeito ao alegado sobre a divergência entre o período fiscalizado e a data de referência da multa isolada, a Fiscalização, em sua Manifestação Fiscal, oferece os seguintes esclarecimentos:

Pois bem, feita esta primeira introdução aos elementos materiais da penalidade, vamos, agora, adentrar ao aspecto concreto da constituição do crédito tributário, no quadro Demonstrativo do Crédito Tributário, temos duas colunas que remetem ao período específico da exação a ser exigida, o primeiro diz respeito ao período de referência da exação - REFERÊNCIA - , em outro dizer, o ICMS é apurado mensalmente pelos contribuinte, então, o período de referência é o do mês a que se refere a verificação da ausência de seu recolhimento pela omissão de receita, conforme se depreende pela análise das informações constantes do cd que acompanha a presente peça fiscal - fl. 19-.

A outra coluna remete a data de vencimento que é a data de determinação do termo inicial a ser adotado para o cálculo de juros de mora, dado que a correção

monetária foi extinta no tocante às obrigações pecuniárias de natureza tributária.

A disciplina da cobrança dos juros de mora regula-se pela Resolução nº 2.880/97 que, nos termos do seu art. 2º, determina que os referidos juros incidirão a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento.

A Resolução nº 2.880/97, no tocante à incidência dos juros sobre a multa isolada, assim dispõe:

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

(...)

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).

Dessa forma, resta esclarecido que, no caso em análise, o lançamento da multa isolada foi feito de forma a permitir que os juros incidentes sobre seu valor fossem calculados apenas a partir primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito, o que, no caso específico da multa isolada, seria o primeiro dia do mês de novembro de 2019, já que a Autuada foi intimada do Auto de Infração em 11/10/19, conforme documentos às fls. 24/25 dos autos.

E, sendo assim, a multa isolada exigida em decorrência das irregularidades cometidas pela Autuada nos meses de junho a agosto e dezembro de 2015, maio e setembro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, e janeiro a agosto de 2018, somente passaram a sofrer a incidência dos juros de mora a partir de 01/11/19, conforme disposto na legislação em vigor.

Quanto às assertivas de desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto à alegação de que as multas impostas são desproporcionais revelando-se confiscatórias, conveniente destacar que os valores exigidos são decorrentes de disposição expressa em lei, não cabendo ao Conselho de Contribuintes negar a respectiva aplicação, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como relatado, foi eleito para polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, o empresário individual (vide requerimento de empresário às fls. 65) arrolado no Auto de Infração, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil (CC), Lei nº 10.406/02:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Lei nº 10.406/02 - (CC)

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Para todos os efeitos legais, o empresário individual é pessoa física, embora inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ. Não há separação do patrimônio das pessoas físicas e jurídicas. A responsabilidade patrimonial é ilimitada.

Essa também é a posição adotada pela jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. PENHORA. PATRIMÔNIO. TOTALIDADE. NO REGIME JURÍDICO APLICADO AOS EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS (ARTS. 966 E SS. DO CÓDIGO CIVIL) NÃO HÁ SEPARAÇÃO ENTRE

PATRIMÔNIO PESSOAL E PATRIMÔNIO DA EMPRESA, DE MODO QUE TODO O PATRIMÔNIO DO EMPRESÁRIO ESTÁ SUJEITO À PENHORA NA EXECUÇÃO FISCAL.
(TRF/4ª REGIÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO 0013203-60.2012.404.0000 – 2ª TURMA DO TRF – DES. LUIZ CARLOS CERVI – JULGADO EM 19.02.2013) (DESTACOU-SE)

Destaca-se que o empresário individual tem conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as vendas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal têm, como finalidade, suprimir o tributo devido.

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública Estadual.

Portanto, correta a inclusão do titular da empresa individual no polo passivo da presente obrigação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Vencidos os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que o consideravam nulo. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 13 de fevereiro de 2020.

Alexandre Périssé de Abreu
Relator

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

GJ/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.507/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001382110-25
Impugnação: 40.010149131-60, 40.010149132-41 (Coob.)
Impugnante: Antônio Cristóvão Pinto Comércio de Roupas e Acessórios
IE: 002219369.00-49
Antônio Cristóvão Pinto (Coob.)
CPF: 767.753.306-00
Proc. S. Passivo: Henrique Avelino Rodrigues de Paula Lana/Outro(s)
Origem: DFT/Muriaé

Voto proferido pelo Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, nos meses de junho a agosto e dezembro de 2015, maio e setembro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, e janeiro a agosto de 2018, apuradas mediante confronto entre o valor do faturamento declarado pela Autuada ao Fisco por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório – PGDAS-D, e faturamento igual a zero por falta de transmissão da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI nos anos de 2017/2018, e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

No caso em tela, a divergência entre o acórdão e o presente voto vencido, situa-se na nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que restou incontroverso que o Contribuinte não foi intimado do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), conforme passa a demonstrar.

Em análise preliminar, é imprescindível destacar o disposto no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, no que tange os procedimentos necessários para lançar o crédito tributário.

Conforme dispõe o art. 69 do RPTA, há cinco hipóteses de início de ação fiscal, vejamos:

RPTA

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);
- III - Auto de Retenção de Mercadorias (ARM);
- IV - Auto de Lacração de Bens e Documentos (ALBD);
- V - Auto de Infração (AI), nas hipóteses do art. 74.

No caso em comento, para realizar o lançamento dever-se-ia observar o disposto no art. 70 do RPTA, uma vez que a legislação prevê a necessidade de iniciar o procedimento com o envio prévio do AIAF, que é utilizado para solicitar informação ao sujeito passivo relacionada com a ação fiscal, estabelecendo um prazo para a resposta do contribuinte, *in verbis*:

RPTA

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

§ 1º A solicitação deverá ser cumprida pelo sujeito passivo imediatamente, ou no prazo estabelecido pela autoridade solicitante.

§ 2º Excepcionalmente, o Auto poderá ser lavrado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (RUDFTO), considerando-se intimado o sujeito passivo no ato da lavratura.

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos pela autoridade fiscal.

§ 4º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

Sendo certo que o AIAF somente é dispensado caso o fato se enquadre nas hipóteses do art. 74 do RPTA:

RPTA

Art. 74. Nas hipóteses abaixo relacionadas o Auto de Infração documentará o início da ação fiscal, ficando dispensada a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos:

I - constatação de flagrante infração à legislação tributária, bem como na fiscalização no trânsito de mercadorias;

II - em se tratando de crédito tributário de natureza não-contenciosa que independa de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

informações complementares do sujeito passivo para a sua formalização;

III - quando o obrigado deixar de entregar arquivos eletrônicos, ou entregá-los em desacordo com a legislação tributária;

IV - falta de pagamento do ITCD, em relação aos valores dos bens e direitos declarados pelos contribuintes na Declaração de Bens e Direitos, desde que o débito tenha sido comunicado pela repartição fazendária ao responsável, por meio da caixa postal no SIARE.

Efeitos de 1º/03/2008 a 1º/10/2019 - Redação original:

"IV - falta de pagamento do ITCD, após decisão administrativa relativa à avaliação."

(Grifou-se)

Denota-se que a legislação prevê um procedimento específico que deve ser observado para que o crédito tributário possa ser lançado, inclusive os casos em que o envio prévio do AIAF é dispensado.

Todavia, conforme denota-se dos autos, verifica às fls. 02/03, que o Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000030830.28, emitido em 12/07/19, foi enviado, via Correios, para o endereço da Autuada; porém, não foi entregue, tendo sido anotado pelo funcionário dos Correios, em 22/07/19, que o Contribuinte havia se mudado de endereço (vide verso do envelope às fls. 03).

Sobre o início da ação fiscal, dispõe o art. 196 do Código Tributário Nacional (CTN):

CTN

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Do exame dos dispositivos citados, conclui-se que a lavratura do AIAF tem a finalidade de cientificar o contribuinte da ação fiscal que será iniciada, bem como, requisitar os documentos necessários ao desenvolvimento dos trabalhos.

No caso dos autos, a fase preambular, imprescindível, foi suprimida, uma vez que o Contribuinte não foi intimado do Auto de Início de Ação Fiscal. Conclui-se, assim, que na inexistência dos requisitos de validade acima evidenciados, não há como subsistir o presente lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por todo o exposto, julgo nulo o lançamento, tendo em vista que o Contribuinte não foi intimado do Auto de Início de Ação Fiscal.

Sala das Sessões, 13 de fevereiro de 2020.

**Marcelo Nogueira de Moraes
Conselheiro**

CCMIG