

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.304/11/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168598-02
Impugnação: 40.010128974-42
Impugnante: RBC Rede Brasileira de Comunicação Ltda.
IE: 433656063.01-06
Proc. S. Passivo: Angelo Valladares e Souza/Outro(s)
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - CONTA BANCÁRIA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS. Acusação fiscal de que a Autuada omitiu parte da receita auferida com a prestação de serviço de comunicação na modalidade de TV a cabo, conforme apontado pelos registros bancários de conta corrente de titularidade da empresa responsável pela cobrança dos serviços prestados. Exigência de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XVI, § 2º da Lei nº 6.763/75. Tais registros bancários foram devidamente requisitados pelo Fisco com fulcro no art. 6º da LC nº 105/01. Entretanto, não se pode admitir, diante dos elementos probatórios juntados aos autos que conduzem dúvidas acerca dos valores das receitas omitidas, a presunção de que os recursos que ingressaram na conta corrente de pessoa jurídica diversa da Autuada, indiscriminadamente, sejam relativos a prestações de serviço efetuadas pela Autuada no período autuado. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A acusação fiscal diz respeito a recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro de 2005 a maio de 2006, em razão de o Sujeito Passivo omitir parte da receita auferida com a prestação de serviço de comunicação na modalidade de TV a cabo, conforme apontou os registros bancários da empresa responsável pela cobrança dos serviços prestados.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XVI, § 2º da Lei nº 6.763/75.

O processo encontra-se instruído com Auto de Início da Ação Fiscal (fls. 02); Auto de Infração - AI (fls. 03/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCM (fls. 05/06); Anexo I - Extratos da Conta Corrente disponibilizados pelo Banco do Brasil S/A (fls. 08/56); Anexo II - Requisição de Informações encaminhadas ao Banco do Brasil S/A (fls. 58); Anexo III - Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 60); Anexo IV - Planilha "Apuração dos valores creditados em conta-corrente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

referentes ao serviço de cobrança bancária” (fls. 62/75); Anexo V – Declaração de Apuração e Informações do ICMS – Período de janeiro/04 a maio/06 (fls. 77/93); Anexo VI – cópia de Boleto Bancário emitido pelo sujeito passivo com indicação da conta-corrente nº 25.900-4 (fls. 95); Anexo VII – Declaração do sujeito passivo de que a empresa Prime Service Ltda realiza serviço de cobrança bancária (fls. 97); Declaração cadastral do contabilista e empresa contábil (fls. 98).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 101/151 e documentos às fls. 152/305, aos seguintes argumentos em síntese:

Argui que os supostos fatos geradores ocorridos antes de 21/12/05 foram alcançados pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Informa que os documentos concernentes às operações realizadas em conta bancária de titularidade da empresa Prime Service Ltda, que lastrearam o crédito tributário, foram obtidos pela Fiscalização de forma arbitrária e ilegal, sem a competente ordem judicial.

Alega que no caso dos autos houve uma patente violação às normas insculpidas no art. 5º, incisos X e XII da Carta Magna.

Sustenta que como não houve autorização judicial que permitisse a obtenção dos dados bancários da empresa Prime Service, teve-se ato abusivo, vulneradores dos direitos individuais da empresa, realizado em absoluto descompasso com as prescrições constitucionais.

Salienta que o art. 6º da LC nº 105/01 somente autoriza a quebra do sigilo bancário de cidadãos e empresas se tais exames forem indispensáveis e, em relação ao investigado, haja ação fiscal em curso. Assim, contra a empresa cujas informações se teve acesso não há qualquer processo de fiscalização em curso que justifique tal medida.

Informa que na cópia inclusa da “Requisição de Informações sobre Operações Financeiras” não há qualquer exposição dos motivos que autorizariam tal abuso e violação aos direitos fundamentais da privacidade e da inviolabilidade de dados.

Diz que além do atentado ao comando do art. 6º da LC nº 105/01 não fosse suficiente, verifica-se ainda violação ao dispositivo inserto no art. 77 do RPTA/MG.

Entende que ante a ausência de ordem judicial que dê sustentação ao procedimento fiscal ou porque não se atendeu aos pressupostos para a quebra do sigilo bancário da empresa Prime Service Ltda estatuídos nos arts. 6º da LC nº 105/01 e 77 do RPTA/MG, os dados bancários obtidos pelo Fisco não podem ser utilizados como meio de prova para se apurar o pleiteado crédito tributário, uma vez que levantados de forma ilícita.

Argumenta que o presente lançamento é passível de nulidade por negar vigência aos arts. 142 e 148 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma que a Autoridade Fiscal, em absoluto descompasso com o dever legal imposto no art. 142 do CTN, lançou mão da modalidade de lançamento excepcional previsto no art. 148 do referido diploma legal, compreendendo que a DAPI teria sido omissa sobre prestações de serviços de comunicação supostamente realizadas, cobrando a diferença apurada com fulcro em mera presunção.

Ressalta que o lançamento restou fulcrado em valores creditados na conta corrente nº 25.900-4 do Banco do Brasil, de titularidade da empresa Prime Service Ltda, a qual presta serviço de cobrança extrajudicial e controle de recebimento de contas de clientes da empresa RBC – Rede Brasileira de Comunicação Ltda, que o Fisco entendeu que supostamente decorreriam da prestação de serviço de TV a cabo prestado pela Impugnante.

Destaca que a Fiscalização negligenciou que a mencionada conta bancária englobava diversos outros importes pertencentes a outras empresas ou advindos de atividades da Impugnante não sujeitos à incidência do ICMS. Consoante atestam os boletos anexos, a empresa Prime Service Ltda possui como atividade, além da prestação de serviços relacionados a cobranças extrajudiciais, a prestação do serviço de provedor para acesso à internet.

Sustenta que valores pagos relativos à prestação deste serviço, realizada pela Prime Service, como também referentes à taxa de adesão, taxa de desconexão e aluguel de equipamentos para este fim, como *cable modem*, roteadores, placas de rede dentre outros, são movimentados na aludida conta bancária que serviu de base para a Autoridade Fiscal embasar o Auto de Infração e afirmar que os valores ali consignados eram exclusivamente de titularidade da Autuada.

Entende que diversos valores pagos pelos seus clientes e creditados nesta mesma conta bancária não se referem à prestação de serviço de TV a cabo em si, sendo que muitos destes importes são preparatórios para a execução deste serviço, os quais, conforme pacífico entendimento jurisprudencial, não estão sujeitos à incidência do ICMS.

Diz que o lançamento desprezou a situação em que receitas referentes a exercícios anteriores ao período fiscalizado, porém não pagas, e consignados no incluso balanço repercutiram na movimentação registrada nos extratos bancários.

Alega que os valores relativos ao faturamento anterior a 31/12/04 e recebidos no período de 2005/06 foram indevidamente considerados no cálculo do arbitramento, demonstrando forma ilegítima de cobrança de exação já caduca.

Frisa que o trabalho em apreço é manifestamente nulo, apurado em mera presunção de omissão de receitas com base em indícios inválidos, limitando-se ao exame dos extratos irregularmente obtidos, deixando ao largo de proceder ao cotejo dos fatos contabilizados nos livros próprios.

Explica que aplicando subsidiariamente aos contribuintes do ICMS a legislação federal nos casos de presunção de receita, verifica-se, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, que não houve intimação da empresa Prime Service Ltda para se manifestar a respeito das movimentações realizadas em conta de sua titularidade,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inquinando de nulidade a autuação, o que caracteriza ofensa ao art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Salienta que atendendo a intimação expedida pela Administração Fazendária, esclareceu que relativamente a cada boleto bancário pago decorrente de clientes que contratam o serviço de TV a cabo e internet simultaneamente recebe o preço correspondente apenas ao primeiro serviço (TV a cabo), sendo identificado ao usuário o valor destes e os de acesso à internet realizado pela Prime Service Ltda e pela VIP Comunicação.

Alega que a Autoridade Fiscal tinha ciência de que a movimentação ocorrida na conta bancária objeto de averiguação certamente poderia compreender valores devidos a título de prestação de serviços devido não só à RBC Rede Brasileira de Comunicação Ltda, como também para a Prime Service Ltda e VIP Comunicação Ltda.

Diz que se a escrita contábil é regular e o indício apontado – créditos em conta bancária de terceiros que inclusive movimenta valores não sujeitos ao ICMS – o art. 148 do CTN não autoriza o arbitramento, nem outro recurso presuntivo de ocorrência de fato jurídico e de base de cálculo, tendo em vista primazia pela busca da realidade.

Explica que as atividades prestadas pela Impugnante concernentes à instalação de ponto extra ou aparelho decodificador, visita para solução de problemas técnicos, a adesão e aquisição de revistas de programação não constituem fato impositivo do ICMS, posto que não compreendem o conceito de prestação de serviço de comunicação.

Salienta que por meio de cópia de boletos mensais de usuários referentes ao período de janeiro de 2005 a maio de 2006 verifica-se que diversos valores referentes a atividades preparatórias ou acessórias à prestação de serviço de comunicação (TV a cabo) foram recolhidos e movimentados na conta bancária nº 25.900-4 do Banco do Brasil, comprovando a insubsistência do lançamento.

Alega que a empresa Prime Service Ltda presta serviço de autenticação para o acesso à rede mundial de computadores – *Internet*, cobrando de seus usuários valores concernentes à prestação deste serviço, bem como referentes ao aluguel de equipamentos para este fim, tratando-se de empresa distinta à RBC, não poderiam os valores pagos à Prime Service Ltda, em decorrência do exercício de suas atividades, serem tributados pelo Fisco Estadual como se fossem decorrentes de prestação de serviço de TV a cabo realizados pela Impugnante.

Diz que o contrato firmado entre a empresa Prime Service Ltda e seus usuários, assim como os respectivos boletos de cobrança demonstram a veracidade dos fatos aqui albergados, por meio dos quais certifica-se o nº da conta bancária de pagamento (25.900-4) bem como o uso da marca “Master Cabo” nos serviços Combo (internet e TV a cabo) na prestação de serviços realizados em conjunto por ambas as empresas.

Argumenta que se existia saldo devedor em 31/12/04, cujos importes foram realizados em 2005 e 2006, sobre os mesmos incidiram encargos moratórios sobre os

quais não incidem ICMS, e durante todo o período alvo de autuação, a Impugnante percebeu juros pelos atrasos ocorridos neste termo.

Roga-se seja julgado insubsistente o lançamento, deduzindo-se da base de cálculo do imposto atos acessórios ou preparatórios à prestação do serviço de comunicação (TV a cabo) e as quantias creditadas na mencionada conta bancária e referentes às atividades de provedor de internet efetuadas pela Prime Service Ltda.

Pede-se que seja julgado improcedente este lançamento, para se decotar do crédito tributário em comento os saldos devedores remanescentes de 2004, devidos pelos usuários dos serviços prestados pela Impugnante, mas que foram pagos no decorrer dos anos de 2005 e 2006, e os encargos de mora decorrentes do atraso exigido ao longo de todo o período alvo de fiscalização.

Diz que a imposição de multas no patamar de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, bem como de 40% (quarenta por cento) do montante das prestações que pretensamente se dizem realizadas, assumem nítido caráter de confisco, em manifesta vulneração ao direito de propriedade, uma vez que extrapola a função de simplesmente coibir a ilicitude apurada.

Destaca que descabe dúvida da ilegitimidade das penalidades atribuídas à Impugnante, não lhe restando outro destino que não seu cancelamento ou sua redução em patamares mais razoáveis e proporcionais.

Colaciona julgados do STF e STJ, ementas de acórdãos, trechos doutrinários.

Pede-se seja julgado improcedente o lançamento em tela, rogando-se pela dedução na base de cálculo do ICMS, dos valores referentes às receitas decorrentes de atividades meramente acessórios ou antecipatórias do serviço de TV a cabo ou de titularidade da Prime Service ou de outras de seus clientes, bem como os importes correspondentes a encargos moratórios exigidos dos clientes inadimplentes.

Protesta ainda pelo cancelamento ou redução das penalidades (multa isolada e de revalidação) sob pena de assim não se fazendo, afrontar-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, norteadores da administração pública.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às fls. 319/330 pedindo pela procedência do lançamento, aos seguintes argumentos em síntese.

Afirma que no presente caso não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício com aplicação do art. 173, inciso I do CTN.

No tocante a obtenção dos dados bancários sem intermediação do Poder Judiciário, alega que a CF/88 atribuiu à Administração Tributária o dever de arrecadar os recursos financeiros necessários à implementação das políticas públicas.

Sustenta que todo o processo de requisição dos dados foi alicerçado na competência atribuída ao Fisco por meio da LC nº 105/01 e do RPTA/MG, não havendo nenhuma ilegalidade no lançamento realizado com base nas informações bancárias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta que todos os dados obtidos da instituição financeira estão sob sigilo fiscal.

Quanto à alegação de que contra a empresa Prime Service, cujas informações de natureza bancária se tiveram acesso, não havia processo de fiscalização em curso, esclarece que a Autuada RBC Rede Brasileira de Comunicação Ltda é empresa integrante do complexo empresarial que opera com a prestação de serviços de comunicação na modalidade de disponibilização de acesso a TV a cabo por assinatura conhecido comercialmente como MASTERCABO. Tal grupo empresarial, subdividido em empresas distintas, opera sob essa marca e denominação única em diversas cidades.

Diz que estranhamente, a Autuada emite suas notas fiscais por processo manual, não as encaminha aos tomadores dos seus serviços, encaminhando em substituição os boletos de cobrança bancária, concedendo ainda desconto especial em dinheiro àqueles que optarem em fazer o pagamento diretamente em sua loja.

Explica que foi justamente esse comportamento impertinente e contumaz que levou o Fisco a empreender a presente ação fiscal.

Informa que a Autuada utiliza boletos bancários para cobrança dos serviços prestados, sendo que em tais boletos há a indicação expressa do número da conta corrente beneficiária dos pagamentos e, portanto, esta conta foi alvo da solicitação feita ao banco. De fato, a conta corrente não era de titularidade da Autuada, mas era a receptora dos recursos financeiros obtidos pela Autuada pelos serviços prestados.

Sustenta que se a conta corrente foi aberta em nome de outra empresa, no caso em nome da Prime Service Ltda, para que esta gerenciasse a captação dos recursos, a Autuada jamais poderia permanecer no anonimato, pois, é de fato a beneficiária dos valores pagos pelos clientes por meio da referida conta.

Aduz que é inaceitável negar ao Fisco o acesso às informações bancárias da Autuada, sob o argumento de que, em relação à titular da conta corrente, Prime Service Ltda, não havia processo de fiscalização em curso, pois seria uma forma de blindar as importâncias auferidas por quem realmente prestou os serviços de comunicação.

Assevera que a citada conta corrente é pertinente à Autuada e diz respeito aos pagamentos efetuados pelos seus clientes tomadores em contra prestação aos serviços de comunicação executados.

Ressalta que a alegação de que o lançamento negou vigência aos arts. 142 e 148 do CTN não deve prosperar, porquanto especificou corretamente a capitulação da infração, constou de forma clara no relatório do Auto de Infração os motivos para exigência do imposto e montou quadro demonstrativo do crédito tributário, com indicação dos dispositivos legais infringidos, possibilitando, assim, à Autuada amplo direito de defesa.

Salienta que a Autuada alega que a conta corrente recepcionava recursos de outras empresas, entretanto, esta alegação não vem acompanhada de provas.

Destaca que a prova no Processo Administrativo Fiscal é de fundamental importância e deve ser criteriosamente produzida pela Impugnante, posto que por meio da prova o julgador forma sua convicção e que a alegação sem prova transforma-se em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

uma denúncia vazia, o que nesta linha de raciocínio lógico trilha a inteligência do art. 136 do RPTA/MG.

Quanto aos exemplares dos boletos, fls. 167/183, acostados pela defesa com intuito de comprovar que a Prime Service Ltda, além do serviço de cobrança, atua também como provedora de acesso à internet, diz que pode ser facilmente observado em tais boletos que eles foram impressos recentemente, em formulários novos, e sem nenhuma vinculação com qualquer documento fiscal.

Ressalta que em todos os boletos bancários constam o campo “Nosso Número” e que este número aparece no relatório encaminhado pelo banco quando o boleto é pago.

Destaca que, conforme relatório encaminhado pelo Banco do Brasil, em 08/03/06 foram recebidos os boletos com a sequência do “Nosso Número” variando entre 1208740000004231-X a 12087400000011360-8 e que a sequência 13318510000383677 foi utilizada em 2008, conforme fls. 95 dos autos. Conclui que é descabida a apresentação de boletos (fls. 167/183) referente ao exercício de 2005 com a sequência 1318510000190004, pois indubitavelmente fazem prova contra a Autuada e, quiçá, constituem-se em flagrante tentativa de fraude processual.

Esclarece que o Fisco tinha conhecimento de que a contratação do serviço de internet era feita no próprio *show-room* da Autuada. Prova disso é que o cliente recebe um único boleto bancário para quitação dos serviços contratados de TV a cabo e internet.

Salienta que no momento da contratação dos serviços pelo usuário são assinados contratos distintos constando a Autuada e a Prime Service como “contratadas” pelos serviços de TV a cabo e internet, respectivamente. Em virtude desse fato, o Fisco buscou esclarecimento junto à Autuada sobre a prestação de serviço de provedor de internet, conforme Auto de Intimação datado de 16/11/10, fls. 237.

Destaca que em resposta à intimação supracitada, fls. 239, a Autuada informa que não presta serviço de acesso à internet, sendo esse serviço realizado pela Prime Service Ltda mediante aluguel da rede de sua propriedade.

Diz que o Fisco zelou ainda por obter a informação sobre a proporcionalidade da receita auferida através dos boletos emitidos pela Autuada para cobrança dos serviços de TV a cabo e internet, conforme item 04 do referido Auto de Intimação. Entretanto, a Autuada não se dignou a responder o item 4 da intimação fiscal de forma objetiva, motivando o Fisco a intimá-la novamente em 13/12/10. Em resposta a esta última intimação, a Autuada declarou que: “não prestou serviço de internet, apenas alugou a estrutura física para a Prime Service conforme contrato entre as partes já enviado”.

Destaca que a Autuada, ao anexar aos autos, fls. 242, cópia da resposta encaminhada ao Fisco em 14/12/10, a Autuada suprimiu a declaração dada anteriormente: “conforme contrato entre as partes já enviado”.

Salienta que este contrato é a informação oficial prestada ao Fisco, antes da lavratura da peça fiscal, que diz respeito ao aluguel da rede para a Prime Service Ltda

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

atuar como provedora de acesso à internet. Assim, até a assinatura do contrato, que ocorreu em 31/12/06, a Prime Service não possuía os instrumentos necessários para oferecer o serviço de acesso à internet para a população.

Diz que durante o período contemplado pela autuação (janeiro de 2005 a maio de 2006), não havia a possibilidade da oferta do serviço de internet, visto que, a Autuada declarou que jamais prestou serviço de acesso à internet e o contrato de aluguel da rede firmado com a Prime Service Ltda só foi assinado em 31/12/06. Conclui que não existem dúvidas de que o marco inicial da prestação do serviço de internet foi em 31/12/06, data da assinatura do contrato.

Afirma que estes fatos motivaram e exigiram do Fisco tributar a diferença apurada considerando apenas que a fonte de recursos da Autuada era obtida, até 31/12/06, exclusivamente pelo serviço de TV a cabo.

Acrescenta que conforme pode ser verificado no *site* da Anatel, somente em 31/03/06, através do ato nº 57.255, a Autuada obteve autorização para explorar o Serviço de Comunicação Multimídia.

Alega que é inoportuna a argumentação de que alguns valores pagos pelos clientes e creditados na conta corrente nº 25.900-4 não se referem à prestação de serviço de TV a cabo, mas apenas a serviços preparatórios, pois a base de cálculo relativa à prestação de serviço de comunicação se constitui do preço do serviço, a teor do estatuído no art. 13, inciso VII, § 2º, item 2 da Lei nº 6.763/75, estando nele compreendido todos os valores cobrados do usuário, tomador do serviço, pelo prestador, em função da prestação.

Diz que a Autuada não aponta nos relatórios apresentados quais os valores se referem ao exercício de 2004, ou seja, não proporciona ao Fisco a mínima condição de apurar a veracidade dos argumentos apresentados.

Observa que o somatório dos valores do exercício de 2004, referente a cada período, corresponde quase que a totalidade dos valores creditados na conta corrente nº 25.900-4 durante o período de janeiro/05 a maio/06, portanto, não há como assegurar que os valores que compõem o relatório referem-se exclusivamente ao serviço de comunicação e taxas cobradas até 31/12/04.

Explica, ainda, que os valores creditados na referida conta também se referem ao serviço de comunicação cobrado ao longo do período examinado.

Destaca que a Autuada é capaz de elaborar relatórios, discriminando valores diários recebidos na conta corrente nº 25.900-4, mas não é capaz de exibir os documentos oriundos da instituição financeira que serviram de lastro para esses registros.

Apresenta comparativo entre o relatório emitido pelo Banco do Brasil referente ao movimento do dia 08/03/06 (conta corrente nº 25900-4) com o relatório anexado aos autos pela Autuada (fls. 296 e 297), concluindo que os relatórios produzidos pela Autuada não guardam pertinência com as informações bancárias e por este motivo o Fisco não poderá considerá-los para empreender qualquer modificação no lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Salienta que intimou a Impugnante em 23/02/11 para apresentação dos documentos que atestassem a legitimidade das suas alegações, entretanto, a defesa limitou-se a apresentar planilhas, ora anexadas aos autos, que não se prestam a validar seus objetivos de redução do crédito tributário.

Destaca, ainda, que a Impugnante em resposta a intimação supracitada declarou que não colacionou os comprovantes de recebimento das importâncias em aberto em 31/12/04, pagos no decorrer dos exercícios seguintes em função do volume dos documentos.

Ressalta que exarou nova intimação e que desta vez embora tenha sido providenciado junto ao Banco do Brasil cópias dos documentos que confirmem os recebimentos extemporâneos e os juros recebidos/contabilizados, a Autuada não os entregou ao Fisco.

Quanto ao pleito de cancelamento ou redução das multas de revalidação e isolada destaca que as mesmas foram aplicadas e graduadas de acordo com a Lei nº 6.763/75.

Ao final, pede pela procedência do lançamento.

A Fiscalização anexa documentos de fls. 331/698.

A Autuada é intimada para vista dos autos nos termos do art. 140 do RPTA, manifestando-se às fls. 706/713.

A Fiscalização pronuncia-se novamente às fls. 716/721.

Da Instrução Processual

Em sessão realizada no dia 06/07/11, a 3ª Câmara de Julgamento converteu o julgamento em diligência, fls. 731, para que o Fisco trouxesse aos autos: 1) a cópia do Contrato Social da empresa Prime Service Ltda citado no relatório do Auto de Infração, às fls. 03 dos autos; (2) o Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.10000459.40, de 23/03/10, citado no documento de fls. 58 dos autos; (3) demonstrasse o cumprimento do disposto no art. 79, inciso II do RPTA; e (4) intimasse à empresa Prime Service Ltda a apresentar demonstrativos dos valores repassados à RBC referentes às cobranças efetuadas no período fiscalizado.

Na mesma sessão, exarou despacho interlocutório para que a Impugnante apresentasse: (1) cópia das notas fiscais emitidas para a empresa Prime Service Ltda, no período de 01/01/05 a 31/05/06, referentes à locação de estrutura física; (2) cópia do contrato firmado com a empresa Prime Service Ltda para cobrança dos valores referentes aos serviços de comunicação prestados; (3) demonstrativo mensal das importâncias recebidas pela empresa Prime Service Ltda, no período de 01/01/05 a 31/05/06, referentes aos serviços de comunicação prestados em data anterior a 01/01/05; e (4) demonstrativo mensal das importâncias recebidas pela empresa Prime Service Ltda, no período de 01/01/05 a 31/05/06, a título de encargos financeiros pagos pelos clientes da Autuada.

Em resposta à diligência supracitada a Fiscalização manifesta-se às fls. 733/734, oportunidade na qual junta os documentos de fls. 735/1.728.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em resposta ao interlocutório, a Impugnante acosta aos autos os documentos de fls. 1.730/1.752.

A Impugnante manifesta-se novamente às fls. 1.759/1.761.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 1.763/1.764.

DECISÃO

Das Preliminares

Alega a Impugnante a nulidade do lançamento sob o argumento de que no caso dos autos houve uma patente violação às normas insculpidas no art. 5º, incisos X e XII da Carta Magna e que de acordo com consolidado posicionamento da Suprema Corte, nos termos dispostos na CF/88, a quebra de sigilo bancário só pode ser decretada por ordem judicial e para finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal.

Todavia, razão não lhe assiste conforme se verá.

Inicialmente, vale destacar que o sigilo bancário não é direito indelével e absoluto, devendo ceder ao interesse público.

Neste sentido veja a seguinte ementa de acórdão do STJ.

O SIGILO BANCÁRIO NÃO É UM DIREITO DE NATUREZA ABSOLUTO. HÁ DE CEDER DIANTE DO INTERESSE PÚBLICO CARACTERIZADO PELA NECESSIDADE DO FISCO EM DEFINIR SE HÁ SONEGAÇÃO FISCAL PELA VIA DE OMISSÃO DE RECEITAS (...) (STJ - MC 3060/PRM REL. MIN. JOSÉ DELGADO).

O professor Sérgio Carlos Covelho, em sua obra - O sigilo bancário. 2ª ed. São Paulo: Leud, 2001, p. 80, conceitua o sigilo bancário nos seguintes termos:

“a obrigação que tem os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional.”

Destaque-se que a relativização do sigilo bancário consta expressamente na LC nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, ao esponder que:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale ressaltar que a referida lei reconhece a prevalência do interesse público e social sobre o interesse privado ou individual, em seu art. 1º, § 3º, inciso VI, ao determinar que não há violação do dever de sigilo nas hipóteses nas quais o fornecimento de informações bancárias é de interesse da Administração Tributária.

Marcos Aurélio Valadão, em *Limitações ao Poder de Tributar e Tratados Internacionais*, Edidora Del Rey, BH, 2000, p. 279, expõe sua preocupação sobre o sigilo bancário em relação à atuação do Fisco, nos seguintes termos:

Em muitos casos as informações de conhecimento das instituições financeiras são os elementos fáticos que provam a existência de obrigações tributárias descumpridas que, às vezes, estão camufladas nos dados apresentados pelo contribuinte à Administração Tributária ou, às vezes, simplesmente não são declaradas.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 197, inciso II, preconiza que os bancos são obrigados a prestar todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios e atividades de terceiros à autoridade administrativa, *in verbis*:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

Destarte, resta cristalino que os dados bancários sobre contas de contribuintes são imprescindíveis à comparação dos valores declarados ao Fisco com aqueles efetivamente movimentados em instituições financeiras.

Aduza-se, em expressa referência ao já citado autor Sérgio Carlos Covello que em sua obra deixou consignado que “banco não é esconderijo”.

Lado outro, cabe destacar o entendimento sustentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no Mandado de Segurança nº 21.729/DF julgado em 05/10/95:

O SIGILO BANCÁRIO SÓ EXISTE NO DIREITO BRASILEIRO POR FORÇA DE LEI ORDINÁRIA.

NÃO ENTENDO QUE SE CUIDE DE GARANTIA COM STATUS CONSTITUCIONAL. NÃO SE TRATA DA "INTIMIDADE" PROTEGIDA NO INCISO X DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DA MINHA LEITURA, NO INCISO XII DA LEI FUNDAMENTAL, O QUE SE PROTEGE, E DE MODO ABSOLUTO, ATÉ EM RELAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO, É A COMUNICAÇÃO "DE DADOS", O QUE TORNARIA IMPOSSÍVEL QUALQUER INVESTIGAÇÃO ADMINISTRATIVA, FOSSE QUAL FOSSE. REPORTO-ME, NO CASO, BREVITATIS CAUSAE, A UM PRIMOROSO ESTUDO A RESPEITO DO PROFESSOR TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EM PRINCÍPIO, POR ISSO, ADMITIRIA QUE A LEI AUTORIZASSE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, COM FUNÇÃO INVESTIGATÓRIA, E, SOBRETUDO, O MINISTÉRIO PÚBLICO A OBTER DADOS RELATIVOS A OPERAÇÕES BANCÁRIAS. (GRIFOU-SE).

Nesse mesmo sentido, vários julgados oriundos do Tribunal Regional Federal, senão veja-se:

TRANSFERÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE.

- AS INFORMAÇÕES SOBRE O PATRIMÔNIO DAS PESSOAS NÃO SE INSEREM NAS HIPÓTESES DO INCISO X DA CF/88, UMA VEZ QUE O PATRIMÔNIO NÃO SE CONFUNDE COM A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA, A HONRA E A IMAGEM, ASSIM, NÃO HÁ FALAR EM INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE A UMA POSSÍVEL DISCORDÂNCIA EXISTENTE ENTRE AS LEIS Nº 9.311, DE 1996, A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E A LEI Nº 10.174, DE 2001, E OS PRINCÍPIOS PRECONIZADOS NO ART. 5º, X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CF/88.

- O PRÓPRIO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, EM SEU ART. 197, II, PRECONIZA QUE OS BANCOS SÃO OBRIGADOS A PRESTAR TODAS AS INFORMAÇÕES DE QUE DISPONHAM COM RELAÇÃO AOS BENS, NEGÓCIOS E ATIVIDADES DE TERCEIROS À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

- ADEMAIS, NÃO CABE FALAR EM QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, MAS SIM EM TRANSFERÊNCIA DO SIGILO. COM EFEITO, SE O BANCO TEM O DEVER DE ZELAR PELA GUARDA DAS INFORMAÇÕES DE QUE DISPÕE, TAMBÉM O TEM A AUTORIDADE FISCAL, QUE PERMANECE OBRIGADA AO SIGILO, MANTENDO OS DADOS NO MESMO ESTADO ANTERIOR. ISTO PORQUE A FINALIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL NÃO É OUTRA SENÃO A FISCALIZATÓRIA. (AMS-88900 – PE – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO - RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE). (GRIFOU-SE).

TRIBUTÁRIO. REPASSE DE DADOS RELATIVOS À CPMF PARA FINS DE FISCALIZAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. SIGILO BANCÁRIO.

- O ACESSO DA AUTORIDADE FISCAL A DADOS RELATIVOS À MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DOS CONTRIBUINTES, NO BOJO DE PROCEDIMENTO FISCAL REGULARMENTE INSTAURADO, NÃO AFRONTA A PRIORI OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DE INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, DA VIDA PRIVADA, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS E DE INVIOABILIDADE DO SIGILO DE DADOS, ASSEGURADOS NO ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CF/88, CONFORME ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NO TRIBUNAL.

- NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL, A LEGISLAÇÃO PREVÊ O REPASSE DE INFORMAÇÕES RELATIVAS A OPERAÇÕES BANCÁRIAS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA À AUTORIDADE FAZENDÁRIA, BEM COMO A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DESSAS INFORMAÇÕES PARA INSTAURAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TENDENTE A VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO A IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES E PARA LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PORVENTURA EXISTENTE (LEI 8.021/90, LEI 9.311/96, LEI 10.174/2001, LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001).

(...)

(TRIBUNAL- QUARTA REGIÃO. SEGUNDA TURMA. RELATOR: JOÃO SURREAUX CHAGAS. PROCESSO: 2001.70.01.004516-3. PR. DATA DA DECISÃO: 21/05/2002. DJU DATA: 04/09/2002 PÁGINA: 755). GRIFOU-SE.

Há também precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELO ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01 PREVÊ A POSSIBILIDADE DE QUEBRA SIGILO BANCÁRIO, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (RESP 849113/SC, MIN. CASTRO MEIRA, 2ª T., J. 19/09/2006, DEC. UNÂN., DJ 28/09/2006, P. 245, ITEM 2)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL (TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. (...). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ARESTO APONTADO COMO PARADIGMA QUE ESPOSA ENTENDIMENTO ULTRAPASSADO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 168/STJ. APLICAÇÃO. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 1.134.665/SP) 1. OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA REVELAM-SE INADMISSÍVEIS, NOS TERMOS DA SÚMULA 168/STJ, QUANDO A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SE FIRMOU NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO, POR ISSO QUE É MISTER QUE O DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SEJA ATUAL PARA FINS DE ADMISSÃO DOS EMBARGOS, NÃO BASTANDO, PORTANTO, QUE EXISTAM JULGADOS ANTIGOS QUE SE CONTRAPONHAM COM A JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA. 2. "OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PRESSUPÕEM IDENTIDADE DE FATO E SOLUÇÃO NORMATIVA DIVERSA, COM O ESCOPO DE UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA. PARA FUNDAMENTAR O CABIMENTO DO RECURSO EM QUESTÃO, DEVE SER DEMONSTRADA A EXISTÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL ATUAL, CABENDO A ESTA CORTE SUPERIOR TÃO-SOMENTE UNIFORMIZAR O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL." (ERESP 312.518/AL, REL. P/ ACÓRDÃO MINISTRA DENISE ARRUDA). **3. A PRIMEIRA SEÇÃO, QUANDO DO JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, CONSOLIDOU O ENTENDIMENTO DE QUE A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, PARA FINS DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO EXTINTO, É AUTORIZADA PELA LEI 8.021/90 E PELA LEI COMPLEMENTAR 105/2001, NORMAS**

PROCEDIMENTAIS, CUJA APLICAÇÃO É IMEDIATA, À LUZ DO DISPOSTO NO ARTIGO 144, § 1º, DO CTN (PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO SUBMETIDO AO RITO DO ARTIGO 543-C, DO CPC: RESP 1.134.665/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, JULGADO EM 25.11.2009, DJE 18.12.2009). 4. CONSEQÜENTEMENTE, REVELA-SE SUPERADO O ACÓRDÃO PARADIGMA, ORIUNDO DA PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 02.02.1994, QUE ESPOSA A TESE DE QUE "O SIGILO BANCÁRIO DO CONTRIBUINTE NÃO PODE SER QUEBRADO COM BASE EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL, POR IMPLICAR INDEVIDA INTROMISSÃO NA PRIVACIDADE DO CIDADÃO, GARANTIA ESTA EXPRESSAMENTE AMPARADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL" (RESP 37.566/RS). 1ª SEÇÃO, JULGADO EM 23/06/10. 5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (GRIFOU-SE).

No âmbito administrativo vale citar os seguintes julgados do Conselho de Contribuintes Federal:

ACÓRDÃO Nº : 102-47912

PRELIMINAR DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - HAVENDO PROCESSO FISCAL INSTAURADO E SENDO CONSIDERADO INDISPENSÁVEL PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE O EXAME DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELO CONTRIBUINTE, NÃO CONSTITUI QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO A REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE AS REFERIDAS OPERAÇÕES (LC Nº 105, DE 10/01/2001, ART. 5º, § 1º, E 6º; E CTN, ART. 97). PRELIMINAR REJEITADA.

PRELIMINAR DE IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 105 E DA LEI 10.174 AMBAS DE 2.001 - ATOS NORMATIVOS QUE TRATAM DE MATÉRIA DE ORDEM PROCEDIMENTAL REGIDOS PELAS REGRAS DO ART. 144, § 1º DO CTN. PRELIMINAR REJEITADA.

(...)

ACÓRDÃO Nº 1301-000.486

EMENTA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJANO-CALENDÁRIO: 2001 E 2002 EMENTA: NULIDADE. SIGILO BANCÁRIO. NÃO-OCORRÊNCIA. NÃO HOUE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO NEM, TAMPOUCO, O PROCEDIMENTO ESTÁ INQUINADO DE NULIDADE, ANTE A OBSERVÂNCIA DO ESTABELECIDO NO ART. 10 DO DECRETO N. 70.235/1972. OS AGENTES DO FISCO PODEM TER ACESSO ÀS INFORMAÇÕES SOBRE A MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DOS CONTRIBUINTES SEM QUE ISSO SE CONSTITUA VIOLAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO, EIS QUE SE TRATA DE EXCEÇÃO EXPRESSAMENTE PREVISTA EM LEI. (...)

PRIMEIRA TURMA/TERCEIRA CÂMARA/PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO. DATA DA SESSÃO 27/01/2011.

ACÓRDÃO Nº 2201-000.897

EMENTA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPFANO-CALENDÁRIO: 1998, 2000 EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. IDENTIFICADAS OMISSÕES NO ACÓRDÃO EMBARGADO QUE DEIXOU DE APRECIAR ASPECTOS RELEVANTES PARA O DESFECHO DA LIDE, AS MESMAS DEVEM SER SANADAS MEDIANTE EXAME DESTAS MATÉRIAS.PAF. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. SE O AUTO DE INFRAÇÃO POSSUI TODOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS A SUA FORMALIZAÇÃO, ESTABELECIDOS PELO ART. 10 DO DECRETO Nº 70.235, DE 1972, E SE NÃO FOREM VERIFICADOS OS CASOS TAXATIVOS ENUMERADOS NO ART. 59 DO MESMO DECRETO, **NÃO É NULO O LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DEPÓSITO BANCÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. VIA ADMINISTRATIVA. ACESSO. INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. LÍCITO AO FISCO, MORMENTE APÓS A EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº. 105, DE 2001, EXAMINAR INFORMAÇÕES RELATIVAS AO CONTRIBUINTE, CONSTANTES DE DOCUMENTOS, LIVROS E REGISTROS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E DE ENTIDADES A ELAS EQUIPARADAS, INCLUSIVE OS REFERENTES A CONTAS DE DEPÓSITOS E DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS, QUANDO HOVER PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO EM CURSO E TAIS EXAMES FOREM CONSIDERADOS INDISPENSÁVEIS, INDEPENDENTEMENTE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.** (...) GRIFOU-SE.

PRIMEIRA TURMA/TERCEIRA CÂMARA/PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO. DATA DA SESSÃO 01/12/2010.

Verifica-se que encontra amparo legal o pedido de quebra de sigilo bancário de empresas sujeitas à fiscalização tributária, quando existirem indícios de práticas ilegais para subtrair-se ao recolhimento dos tributos devidos, nos montantes exigidos na legislação.

Assim autorizam sejam requisitados tais documentos os textos dos arts. 195 e 197, inciso II, ambos do Código Tributário Nacional, o enunciado do art. 6º da LC nº 105/01, bem como no art. 204, § 1º da Lei Estadual nº 6.763/75.

Vale lembrar, ainda, que há mandamento constitucional expresso autorizando o legislador a prever a possibilidade de a administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas, conforme dispõe o art. 145, § 1º da CF/88:

§ 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.

O Ministro Carlos Velloso, do Pretório Excelso, interpretando a norma constitucional em testilha, entendeu que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A QUESTÃO, PORTANTO, DA QUEBRA DO SIGILO, RESOLVE-SE COM A OBSERVÂNCIA DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS, COM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E QUE ESTABELECELIAM O PROCEDIMENTO OU O DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

A QUESTÃO, PORTANTO, NÃO SERIA PURAMENTE CONSTITUCIONAL. A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO FAZ-SE COM OBSERVÂNCIA, REPITO, DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS, QUE SUBORDINAM-SE AO PRECEITO CONSTITUCIONAL.

(...)

NA VERDADE, A CONSTITUIÇÃO, NO ARTIGO 145, PARÁGRAFO 1º, ESTABELECE QUE É 'FACULTATIVO 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 DOS CONTRIBUINTES'.

ESTÁ-SE A VER, DA LEITURA DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, QUE A FACULDADE CONCEDIDA AO FISCO, PELA CONSTITUIÇÃO, EXERCE-SE COM RESPEITO AOS 'DIREITOS INDIVIDUAIS E NOS TERMOS DA LEI'.

TEM-SE, NOVAMENTE, QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL QUE DEVERIA SER EXAMINADA, O QUE INVIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO." (STF – RE N. 219.780/PE, DJU, DE 10.9.1999, P. 23.)

Pereira: No mesmo sentido é o entendimento do Desembargador Federal Baptista

ADEMAIS, A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SEU ARTIGO 145, PARÁGRAFO 1º, CONFERE À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA O PODER-DEVER DE IDENTIFICAR, NOS TERMOS DA LEI, O PATRIMÔNIO, OS RENDIMENTOS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS DO CONTRIBUINTE; E O ARTIGO 149, DO CTN, POR SUA VEZ, OUTORGA À ADMINISTRAÇÃO O PODER DE REVISAR O LANÇAMENTO QUANDO, POR EXEMPLO, HOVER FALSIDADE, ERRO OU OMISSÃO QUANTO A QUALQUER ELEMENTO DE DECLARAÇÃO OBRIGATÓRIA, DESDE QUE, É CLARO, NÃO TENHA SE VERIFICADO AINDA O PRAZO PRESCRICIONAL PARA A FAZENDA PÚBLICA. (58. TRF-3ª REGIÃO – AG N. 133 889, PROC. N. 2001.03.00.021253-4, ORIG. N. 200161000168810/SP, 3ª TURMA, REL. DES. FED. BAPTISTA PEREIRA, DJU, DE 9.11.2001).

No Supremo Tribunal Federal, antes da edição da Lei Complementar em comento, o Ministro Francisco Rezek decidiu o seguinte no MS nº 21.429-4/DF.

PARECE-ME, ANTES DE QUALQUER OUTRA COISA, QUE A QUESTÃO JURÍDICA TRAZIDA À CORTE NESTE MANDADO DE SEGURANÇA NÃO TEM ESTRUTURA CONSTITUCIONAL.

TUDO QUANTO SE ESTAMPA NA PRÓPRIA CARTA DE 1988 SÃO NORMAS QUE ABREM ESPAÇO AO TRATAMENTO DE DETERMINADOS TEMAS PELA LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. É NESTE TERRENO, POIS, E NÃO DAQUELE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, QUE SE CONSAGRA O INSTITUTO DO SIGILO BANCÁRIO – DO QUAL SE REPETIU AD NAUSEAM, NESTE PAÍS E NOUTROS, QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO. CUIDA-SE DE INSTITUTO QUE PROTEGE CERTO DOMÍNIO – DE RESTO NADA TRANSCENDENTAL, MAS BASTANTE PROSAICO DA VIDA DAS PESSOAS E DAS EMPRESAS, CONTRA CURIOSIDADE GRATUITA, ACASO MALÉVOLA, DE OUTROS PARTICULARES, E SEMPRE ATÉ O EXATO PONTO ONDE ALGUMA FORMA DE INTERESSE PÚBLICO RECLAME SUA JUSTIFICADA PREVALÊNCIA.

E A MESMA LEI DE 31 DE DEZEMBRO DE 1964, SEDE EXPLÍCITA DO SIGILO BANCÁRIO, DISCIPLINA NO SEU ARTIGO 38 EXCEÇÕES, NO INTERESSE NÃO SÓ DA JUSTIÇA, MÃS TAMBÉM NO DO PARLAMENTO E MESMO NO DE REPARTIÇÕES DO PRÓPRIO GOVERNO.

NUMA REFLEXÃO EXTRALEGAL, OBSERVO QUE A VIDA FINANCEIRA DAS EMPRESAS E DAS PESSOAS NATURAIS NÃO TERIA MESMO PORQUE ENCLAUSURAR-SE AO CONHECIMENTO DA AUTORIDADE LEGÍTIMA – NÃO A JUSTIÇA TÃO-SÓ –, MAS TAMBÉM O PARLAMENTO, O MINISTÉRIO PÚBLICO, A ADMINISTRAÇÃO EXECUTIVA, JÃ QUE ESTA ÚLTIMA RECLAMA, PELA VOZ DA AUTORIDADE FISCAL, O INTEIRO CONHECIMENTO DO PATRIMÔNIO, DOS RENDIMENTOS, DOS CRÉDITOS E DÉBITOS ATÉ MESMO DO MAIS DISCRETO DOS CONTRIBUINTES ASSALARIADOS. NÃO SEI A QUE ESPÉCIE DE INTERESSE SERVIRIA A MÍSTICA DO SIGILO BANCÁRIO, A MENOS QUE SE PRESUMAM FALSOS OS DADOS EM REGISTRO NUMA DESSAS DUAS ÓRBITAS, OU EM AMBAS, E POR ISSO NÃO COINCIDENTES O CADASTRO FISCAL E O CADASTRO BANCÁRIO DAS PESSOAS E EMPRESAS.

NÃO VEJO INCONSTITUCIONALIDADE ALGUMA NO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 8º DA LEI COMPLEMENTAR N. 75, CUJO TEXTO SÓ FAZ AMPLIAR, DENTRO DA PRERROGATIVA LEGÍTIMA DO LEGISLADOR, O ESCOPO DA EXCEÇÃO JÃ ABERTA AO SIGILO BANCÁRIO NO TEXTO DA LEI ORIGINALMENTE COMUM QUE O DISCIPLINOU NOS ANOS 60. E O FAZ EM NOME DE IRRECUSÁVEL INTERESSE PÚBLICO, ADOTANDO UM MECANISMO OPERACIONAL QUE EM NADA ARRANHA DIREITOS, OU SEQUER CONSTRANGE A DISCRICÃO COM QUE SE PORTAM OS BANCOS IDÔNEOS E AS PESSOAS DE BEM.

Assim, pode-se concluir que a LC nº 105/01 apenas previu instrumento para o exercício do múnus previsto no art. 145, §1º da CF/88, sem colidir com os direitos fundamentais nela previstos.

Neste contexto, entende-se que a regra do **SIGILO** não é absoluta, devendo ser mitigada em hipóteses excepcionais, sobretudo nos casos em que o fornecimento das informações e documentos é necessário à Fiscalização Tributária, diante de a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

possibilidade da prática de sonegação fiscal, conforme previsão no art. 6º da LC nº 105/01, devendo prevalecer o interesse público.

Em conformidade com o disposto na LC nº 105/01, prevê a legislação mineira:

Lei nº 6.763/75

Art. 204 - Os livros, meios eletrônicos e documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição obrigatória ao Fisco.

§ 1º - Na forma da Lei Complementar Federal nº 105, de 10 de janeiro de 2001, a Secretaria de Estado de Fazenda, por intermédio do Superintendente Regional competente, poderá solicitar informações relativas a terceiros, constantes em documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive as referentes a contas de depósito e de aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

§ 2º - Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para fins extrafiscais, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação obtida, em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

RPTA/08

SUBSEÇÃO II

DA SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Art. 77. A autoridade fiscal poderá examinar livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósito e aplicações financeiras de pessoa física ou jurídica, desde que iniciada a ação fiscal e o exame da referida documentação seja considerado indispensável para a confirmação ou comprovação de ilícitos fiscais e tributários.

Art. 78. Para os efeitos do disposto no artigo anterior:

I - o exame da documentação poderá ser tido por indispensável, entre outras hipóteses, quando:

a) existir fundada suspeita de que os documentos não reflitam os valores reais de operação ou prestação de serviços, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

b) tiver ocorrido obtenção ou concessão de empréstimos de pessoas jurídicas não-financeiras ou de pessoas naturais e o sujeito passivo ou a pessoa envolvida omitir-se na comprovação do efetivo recebimento ou transferência de recursos;

c) existir fundada suspeita de omissão de receitas, rendimentos ou ganhos líquidos sujeitos à tributação estadual;

(...)

Art. 79. O exame de livros e registros de instituições financeiras depende de intimação da instituição financeira realizada pelo Superintendente Regional da Fazenda, observado o seguinte:

I - a requisição será realizada, por meio de formulário denominado Requisição de Informações Sobre Operações Financeiras (RIOF), às pessoas adiante indicadas:

a) Presidente do Banco Central do Brasil;

b) Presidente da Comissão de Valores Mobiliários;

c) Presidente de instituição financeira ou entidade a ela equiparada;

d) Gerente de agência de instituição financeira ou entidade a ela equiparada;

II - a requisição será proposta pelo Delegado Fiscal, acompanhada de relatório circunstanciado, demonstrando, com precisão e clareza, as razões pelas quais tais exames são considerados indispensáveis, bem como o período abrangido e a identificação das pessoas físicas ou jurídicas cujos ilícitos estão sendo apurados.

Art. 80. Os dados e informações a serem fornecidos pela instituição:

I - compreenderão:

a) dados cadastrais da pessoa titular da conta;

b) valores individualizados dos débitos e dos créditos efetuados no período indicado na requisição;

c) outros dados e informações constantes em documentos, livros e registros, inclusive eletrônicos, bem como os referentes a contas de depósito e de aplicações financeiras;

II - serão apresentados em meio eletrônico, no local e prazo estabelecidos na requisição, observado o disposto em portaria do Subsecretário da Receita Estadual;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - alcançam, inclusive, cópias impressas de documentos relativos a informações indicadas no inciso I, bem como esclarecimentos sobre operações efetuadas, nomenclaturas, codificações ou classificações utilizadas pela instituição ou entidade.

(...)

Registre-se, por oportuno, que em todas as hipóteses a requisição deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade.

No presente caso, constata-se atendido tal requisito conforme relatório circunstanciado acostado às fls. 760/762, de acordo com o determinado no inciso II do art. 79 do RPTA/MG.

Da análise dos fatos descritos no relatório circunstanciado, o exame da documentação bancária pela Fiscalização mostrou-se indispensável por existir fundada suspeita de omissão de receitas. Assim, tem-se atendido o disposto no art. 78, inciso I do RPTA/MG.

Quanto à alegação de que contra a empresa Prime Service, cujas informações de natureza bancária se teve acesso, não havia processo de fiscalização em curso, esclareça-se, conforme destacado pela Fiscalização, que a Autuada é empresa integrante do complexo empresarial que opera com a prestação de serviços de comunicação na modalidade de disponibilização de acesso a TV a cabo por assinatura conhecido comercialmente como MASTERCABO. Tal grupo empresarial, subdividido em empresas distintas, opera sob essa marca e denominação única em diversas cidades.

Destaque-se que a citada conta corrente é pertinente à Autuada e diz respeito aos pagamentos efetuados pelos seus clientes tomadores em contra prestação aos serviços de comunicação executados.

Vê-se, às fls. 95, cópia do boleto bancário, constando como favorecido “Master Cabo” no qual é consignado no campo “agência/código do cedente” a conta bancária referida para o recebimento.

Assim, não há que se falar em nulidade no procedimento adotado pela Fiscalização.

Por fim, vale acrescentar que a esfera administrativa não é competente para a análise de constitucionalidade de norma legal vigente dado o óbice contido no art. 110 do RPTA/MG.

Ademais, saliente-se que não há que se falar de nulidade do Auto de Infração em face da utilização de informações bancárias obtidas em conformidade com a legislação vigente, pois à administração pública cabe seguir as normas vigentes enquanto não afastadas pelo Judiciário, conforme presunção de constitucionalidade da norma legal.

Com relação à alegação da Impugnante de negativa do art. 142 do CTN, vale dizer que o lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização. Proceder nos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

termos da lei, na hipótese de lançamento tributário e nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, é se pautar nos seguintes passos:

- 1 – verificar a ocorrência do fato gerador;
- 2 – determinar o crédito tributário;
- 3 – calcular o imposto devido;
- 4 – identificar o sujeito passivo;
- 5 – identificar a penalidade (propor a penalidade a ser aplicada de acordo com a norma legal própria).

Nos presentes autos, verifica-se que todos estes passos foram seguidos.

Neste ponto deve ser ressaltado que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que, efetivamente, é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO III

DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

(...)

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

(...)

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Da análise do lançamento em análise, em face das normas acima transcritas, verifica-se cabalmente que o mesmo atende a todos os requisitos impostos pela legislação tributária mineira, revelando a acusação fiscal e a penalidade correspondente, habilitando e oportunizando defesa plena.

Assim, afastam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme já relatado, versa a presente autuação a acusação fiscal de que o Sujeito Passivo, no período de janeiro de 2005 a maio de 2006, omitiu parte da receita auferida com a prestação de serviço de comunicação na modalidade de TV a cabo, conforme apontou os registros bancários da empresa responsável pela cobrança dos serviços prestados.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XVI, § 2º da Lei nº 6763/75.

Inicialmente, cabe destacar que não há de se falar em decadência ao direito de lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos no período anterior a 21/12/05, como quer a Impugnante.

Nos termos que estabelece o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim, em lançamento de ofício, ensejando a aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, em tais casos, não há o que se homologar.

Desta forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2005 somente expirou em 31/12/10, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 21/12/11 (fls. 04).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao mérito propriamente dito, vale lembrar que as exigências fiscais em comento são resultado do cotejo dos valores creditados na conta corrente da empresa Prime Service Ltda, responsável pela recepção dos recursos financeiros obtidos pela Autuada pelos serviços prestados, e os valores declarados na DAPI da empresa RBC Rede Brasileira de Comunicação Ltda.

Verifica-se, às fls. 95, cópia do boleto bancário, constando como favorecido “Master Cabo” no qual é consignado no campo “agência/código do cedente” a conta bancária referida para o recebimento.

Adotado o procedimento previsto nos arts. 77 a 82 do RPTA/MG foram obtidos os extratos bancários correspondentes.

De posse de tais extratos, a Fiscalização apurou o somatório dos valores creditados em tal conta corrente no período autuado, conforme Anexo IV - Planilha “Apuração dos valores creditados em conta corrente referentes ao serviço de cobrança bancária”, fls. 62/75, e cotejou tais valores com os declarados ao Fisco pela empresa autuada, exigindo sobre a diferença apurada ICMS e multas, conforme Anexo III – Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 60.

A Fiscalização acostou aos autos o documento de fls. 97 contendo informação prestada pela empresa autuada, em resposta ao termo de intimação datado de 13/12/10, de que não prestou serviço de internet banda larga e que aluga estrutura física para as empresas de provedor de acesso à internet Prime Service Ltda e VIP Comunicação, conforme contrato entre as partes.

Ressalte-se que juntamente com a peça de defesa, a Impugnante juntou aos autos, às fls. 157/305, com intuito de corroborar os argumentos defensórios, principalmente, no que diz respeito às afirmações de que na citada conta bancária não há recursos financeiros apenas da empresa autuada, que em tal conta corrente há valores que se referem a recebimentos de serviços prestados antes dos fatos geradores autuados, bem como de que em tal conta constam recebimentos de serviços não sujeitos à incidência do ICMS, os quais não foram acatados pela Fiscalização.

Neste diapasão, a 3ª Câmara de Julgamento deste Conselho, observando o princípio da verdade material, exarou o despacho interlocutório e diligência de fls. 731, visando, dentre outros, instruir os autos com os esclarecimentos/documentos pertinentes para o deslinde da presente contenda.

Em razão de tais medidas foram acostados aos autos os documentos de fls. 735/1.752.

Vale ressaltar que o Auto de Infração em análise embasa-se no entendimento de que todos os valores creditados na conta corrente de titularidade da empresa Prime Service Ltda configuram recebimentos relativos a prestações de serviço de comunicação ocorridas no período autuado e realizadas pela Autuada.

Assim, o trabalho fiscal considera como base de cálculo de ICMS a diferença entre os valores declarados ao Fisco pela Autuada e o somatório dos créditos bancários na conta corrente de titularidade da empresa Prime Service Ltda, em cada mês.

Verifica-se que a acusação em comento veicula hipótese de presunção simples ou *hominis*.

Analisando-se a matéria fática, merece destaque o fato de que não há controvérsia sobre o fato de ser a conta corrente de titularidade da empresa Prime Service Ltda utilizada para recebimento de valores relativos à prestação de serviço pela Autuada. Portanto, tal fato é inequívoco e incontroverso. O ponto de discórdia é a afirmação fiscal de que todos os valores creditados arrolados no Auto de Infração correspondem a prestações de serviço de comunicação prestados pela Autuada.

De fato, o próprio motivo da autuação *sub examine* prova que há recebimentos na conta bancária da empresa Prime Service Ltda que correspondem a prestações de serviço de comunicação realizadas pela Autuada devidamente declaradas ao Fisco.

Contudo, não pode ser absoluta a afirmação de que, todos os valores que ingressaram na conta da empresa Prime Service Ltda são relativos às prestações de serviço de comunicação realizadas pela Autuada.

Veja-se, por oportuno, que a presunção utilizada pela Fiscalização não pode ser aplicada de forma direta no caso concreto, uma vez que a conta corrente é de titularidade de pessoa jurídica diversa da Autuada.

Registre-se que, não sendo presunção legal relativa, afigura-se, ainda assim, uma presunção estabelecida individual e concretamente pelo ato da Administração, chamada de presunção comum, ou “*hominis*”.

Na esteira de Maria Rita Ferragut, “*não se deve afastar a aplicação da presunção hominis, mas controlá-la, já que irregular não é a possibilidade da utilização da presunção, mas, eventualmente, o ato, ou o seu produto, de aplicação*”. Entre os requisitos para a utilização da presunção *hominis* está a precisão. Segundo a mesma autora, “*são precisos os indícios em relação aos quais não se pode deduzir mais que um único fato cujo evento seja fenomenicamente desconhecido*”. E arremata a Professora: “o indício ‘impreciso’, diríamos assim, limitar-se-ia a ser motivo de procedimento administrativo investigatório ou reforço de outros indícios”. (em “Presunções no Direito Tributário”, Dialética, 2001, pp. 77 e 107)

Igualmente entende o professor e Auditor Fiscal Reginaldo de França, da Sec. de Fazenda do Paraná, para quem “*este tipo de presunção, se utilizada no ato de lançamento, apresenta grande probabilidade de equívoco, porque estaria exteriorizando aspectos subjetivos do agente lançador, como sua experiência em situações fáticas anteriores que podem não ser aplicadas no caso em exame*”. E acresce: “*as presunções comuns podem ser importantes como meio e não como fim na atividade fiscalizatória*”. (em “Fiscalização Tributária, Prerrogativas e Limites”, Juruá, 2003, p. 135)

Assim, não se pode admitir a presunção de que, tendo em vista os elementos e informações carreados aos autos, os recursos que ingressaram na conta da empresa Prime Service Ltda, indiscriminadamente, sejam relativos a prestações de serviço realizadas pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destarte, tratando-se de presunção *hominis*, perfeitamente admissíveis na esfera tributária, as provas não de ser veementes, não deixando margem a dúvidas quanto à ocorrência do fato alegado. Acerca do tema, calha trazer a lume as seguintes decisões:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPOSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO LEGAL RELATIVA ESTABELECIDADA PELO ART. 42 DA LEI 9.430 DE 1.996 - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - LOGRANDO O SUJEITO PASSIVO COMPROVAR A ORIGEM DOS DEPÓSITOS REALIZADOS NA CONTA CORRENTE BANCÁRIA DE SUA TITULARIDADE, DEVE SER AFASTADO O LANÇAMENTO. PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. 2ª CÂMARA. ACÓRDÃO Nº: 102-47912

OMISSÃO DE RECEITAS - PAIRANDO DÚVIDAS QUANTO AO VALOR DAS RECEITAS OMITIDAS, A REVELAR QUE OS INDÍCIOS COLETADOS PELA FISCALIZAÇÃO NÃO SÃO SUFICIENTES PARA FORMAR A CONVICÇÃO E CERTEZA INDISPENSÁVEIS À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, O LANÇAMENTO DEVE SER CANCELADO. PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. 5ª CÂMARA. ACÓRDÃO Nº: 105-17.150

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PROVA PELO FISCO. NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL PREDOMINA O PRINCÍPIO DE QUE AS AFIRMAÇÕES SOBRE OMISSÃO DE RENDIMENTOS DEVEM SER PROVADAS PELO FISCO, AFORA TÃO-SÓ OS CASOS DAS PRESUNÇÕES FORMAL E LEGALMENTE ESTABELECIDAS. PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. 6ª CÂMARA. ACÓRDÃO Nº: 196-00048

RECURSO VOLUNTÁRIO – OMISSÃO DE RECEITA – PRESUNÇÃO SIMPLES – INCUMBE À FISCALIZAÇÃO APRESENTAR UM CONJUNTO DE INDÍCIOS QUE PERMITA AO JULGADOR ALCANÇAR A CERTEZA NECESSÁRIA PARA SEU CONVENCIMENTO, AFASTANDO POSSIBILIDADES CONTRÁRIAS, MESMO QUE IMPROVÁVEIS. A CERTEZA É OBTIDA QUANDO OS ELEMENTOS DE PROVA CONFRONTADOS PELO JULGADOR ESTÃO EM CONCORDÂNCIA COM A ALEGAÇÃO TRAZIDA AOS AUTOS. SE REMANESCER UMA DÚVIDA RAZOÁVEL DE IMPROCEDÊNCIA DA EXAÇÃO, O JULGADOR NÃO PODERÁ DECIDIR CONTRA O ACUSADO. NO ESTADO DE INCERTEZA, O DIREITO PRESERVA A LIBERDADE EM SUA ACEPTÃO MAIS AMPLA, PROTEGENDO O CONTRIBUINTE DA INFERÊNCIA DO ESTADO SOBRE SEU PATRIMÔNIO (EMENTA DO AC. 108-05.454, DO 1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES, 8ª CÂM., REL. CONS. NELSON, LÓSSO FILHO, SESSÃO DE 11/11/98).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - SONEGAÇÃO DO ICMS APURADA COM BASE EM PRESUNÇÃO "HOMINIS" - INADMISSIBILIDADE - EMBARGOS IMPROCEDENTES - APELO PROVIDO - OS LANÇAMENTOS DE TRIBUTOS COM BASE EM PRESUNÇÕES "HOMINIS" OU INDÍCIOS (RESSALVADOS OS VEEMENTES), SEMPRE QUE OCORRER INCERTEZA QUANTO AO FATO GERADOR, NÃO SE COMPATIBILIZA COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA TIPICIDADE DA TRIBUTAÇÃO. (TJPR - AC 0037271-6 - (14524) - 1ª C.Cív.

Deste modo, tratando-se de lançamento ancorado em presunção simples (*hominis*) e presentes elementos que conduzam à incerteza quanto ao fato gerador, pois pairam dúvidas acerca dos valores das receitas omitidas, a revelar que os indícios coletados pela Fiscalização não são suficientes para formar a convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário, cancela-se o lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Angelo Valladares e Souza e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 30 de novembro de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**José Luiz Drumond
Relator**