

SUMÁRIO

1. Autuação por extravio de documentos.
2. Identificação do Sujeito Passivo Solidário ou Responsável.
3. Programa "Authenticator".

1 - Autuação por extravio de documentos.

1.1 – Detalhamento das informações:

Tendo em vista que alguns autos de infração relativos a extravio de documento apresentam precariedade quanto às informações dos documentos reclamados, alertamos que nesse tipo de autuação deve-se indicar com clareza como se apurou o valor da penalidade proposta. Faz-se indispensável à perfeita identificação dos documentos extraviados a enumeração de seu **modelo, série, número, bem com o valor unitário da multa proposta, por documento ou grupo de documento**, conforme o caso.

Não se deve embasar o procedimento fiscal apenas com o extrato Controle de impressão / autenticação de documentos fiscais – CIAF ou em documento equivalente. Deve-se informar, com objetividade, de preferência no corpo do auto de infração, quais os documentos foram extraviados e o valor da multa correspondente.

Configura insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa o não detalhamento dos documentos extraviados e da correspondente penalidade proposta. Em determinadas situações, a falha processual é sanada com diligência; em outras, há necessidade de reautuação. Com isso, há perda de tempo na solução da lide e, também, trabalho em duplicidade pelo fisco. A Lei nº 13.882/01, que rege o processo administrativo tributário, é muito clara quanto à necessidade de demonstrativos que fundamentem o procedimento: **Art. 23. O crédito tributário decorrente de procedimento fiscal será lançado em Auto de Infração, que conterá, no mínimo: (.....) §3º Ao Auto de Infração serão anexados demonstrativos de levantamentos ou quaisquer outros meios probantes que fundamentem o procedimento.**

1.2 – Aplicação do parágrafo 3º do artigo 71 - CTE:

O agente do fisco, na autuação por extravio de documentos, deve ser conservador em relação a proposição de pena por grupo de documentos, pois no momento da autuação dificilmente dispõe de elementos de convencimento que o habilite a aplicar o parágrafo 3º do artigo 71 do CTE. Vale frisar que o § 8º do artigo 71 não deve ser utilizado nessas situações, pois o comando específico para o caso em tela é o constante do parágrafo §3º. A título de exemplo, já tivemos situações nas quais o sujeito passivo, autuado pelo extravio de documentos em situação na qual a penalidade proposta foi por grupo de documentos, realizou o pagamento da penalidade em relação aos blocos usados (aproveitando anistia) e, em seguida, apresentou os blocos não usados (em branco) à repartição fiscal e, também, pedido de revisão extraordinária em relação esses blocos. Com isso pagou uma pequena penalidade e deixou de apresentar os blocos utilizados, em relação aos quais poderiam haver débitos do imposto não declarados ao fisco. Sobre o assunto, vejamos um acórdão do Conselho Pleno:

Proc.: 3010446052217 - Acórdão número: 03510/06: Ementa: ICMS. Obrigação Acessória. Extravio de Documentos Fiscais. Procedência. Decisão não Unânime. I - A conservação de documentos fiscais até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes dos atos, fatos ou negócios a que se refiram, é um dever do sujeito passivo fixado pela legislação tributária; II - Não se aplica a multa por grupos de documentos fiscais e nem se reduz a pena pecuniária quando não estiver afastada a possibilidade de prática de sonegação de tributos ou de fraudes com esse objetivo.

2 - Identificação do Sujeito Passivo Solidário ou Responsável.

Com eficácia a partir de 1º de maio de 2007, a Instrução de Serviço nº 017/07 – GSF estabelece novos procedimentos quanto à identificação do sujeito passivo solidário ou responsável no lançamento tributário. Essa instrução é um aprimoramento significativo da instrução anterior (IS nº 05/04-GSF). Traz como principal inovação a obrigação do agente do fisco descrever a conduta do sujeito passivo solidário ou responsável, bem como a fundamentação legal para a sua inclusão no pólo passivo. A descrição correta dessa conduta, juntamente com as provas carreadas para os autos, é fundamental para que, no processo administrativo tributário, mais pessoas sejam mantidas no pólo passivo e, como consequência, ve-

nam a ter seu patrimônio afetado em futura execução fiscal. Essas informações, também, são importantes para a Polícia Judiciária e o Ministério Público. Esses órgãos deverão avaliar se a conduta do sujeito passivo constituiu, em tese, infração penal. Os elementos de prova existentes no processo administrativo poderão subsidiar o MP na propositura de uma futura ação penal. Vale frisar que ação penal é um instrumento fortíssimo para compelir o sujeito passivo ao recolhimento do crédito tributário exigido, pois o seu pagamento é causa de extinção da punibilidade.

É importante ressaltar que a identificação de todos os sujeitos passivos no auto de infração, quais sejam:

contribuinte, solidário, responsável, sucessor é uma obrigação do agente do fisco. Não será a Polícia Civil, o MP ou a PGE os autores da referida inclusão, pois tal procedimento compete **privativamente** à autoridade administrativa. Com efeito, diz o art. 142 do CTN:

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.

Frise-se que o auto de infração será um instrumento muito mais valorizado na medida em que descreva todas as pessoas envolvidas com a obrigação tributária, pois o crédito tributário terá maiores chances de ser recebido em uma execução fiscal, considerando que o acervo patrimonial passível de penhora será ampliado.

Não se deve incluir no pólo passivo da exigência tributária pessoas sem poder de administração, apenas por constar como sócio no contrato social. Se o sócio não for gerente ou administrador no contrato social, é necessário carrear para os autos provas de que ele possui poder de gestão. Muito importante é trazer para o pólo passivo a pessoa que tem poder de gestão/administração, que realmente investiu na empresa, mas que deliberadamente procurou ficar formalmente oculto da sociedade empresária, colocando outra pessoa em seu lugar (laranja). Não devemos esquecer que, conforme arts. 45 e 46 do CTE, a responsabilidade em tela somente abrange a obrigação tributária relativa à exigência de imposto, não se aplicando à exigência de caráter formal (multa formal).

É fato conhecido a existência de inúmeras dificuldades por quais passa o agente do fisco, em determinadas situações, nos trabalhos de investigação e busca de provas que vinculem a pessoa ao pólo passivo da obrigação tributária. Em situações mais complexas terá necessariamente de contar com o apoio de outros órgãos da própria SEFAZ, da polícia, do MP e, também, do Judiciário (Busca e Apreensão, Exibição Judicial etc) para conseguir provas mais contundentes.

3 - Programa "Authenticator".

Originário da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, cuja primeira versão data do final de 1999, o Programa denominado "Authenticator" foi oficialmente inserido no contexto da fiscalização goiana por meio do Protocolo nº 02/02, firmado em 15 de março de 2002 entre o Estado de São Paulo e Goiás, em que o primeiro autorizou o seu uso, reprodução e adaptação.

Como o próprio nome indica, o "Authenticator" é um software de captura e autenticação de informações armazenadas em disco rígido, garantindo a integridade dos dados capturados e impedindo, por meio de uma assinatura digital, quaisquer acréscimos e/ou supressões posteriores que lhes modifiquem o conteúdo. Constitui, destarte, importante ferramenta de fiscalização na medida em que autentica eletronicamente arquivos apreendidos em computador, fortalecendo sobremaneira a instrução probatória do lançamento fiscal.

Vale frisar que, em 06/02/07, ocorreu manifestação do Conselho Pleno em ação fiscal em face de vendas paralelas cujo controle encontrava-se em CPU apreendida, situação em que foi utilizado o programa "Authenticator". Nesse julgamento o Conselho Administrativo Tributário - CAT decidiu, por maioria de votos, pela procedência do lançamento, corroborando definitivamente na seara fiscal, a relevância e a eficácia de que se revestem a prova eletrônica e a assinatura digital. Vejamos o acórdão do Conselho Pleno:

Proc. 3015959546248 - Nº do Acórdão: 00580/07 - Data da decisão: 06/02/07- Ementa: ICMS. Obrigação principal. Saída de mercadorias mediante a utilização de controle paralelo de vendas, sem a respectiva emissão de documento fiscal. Procedência. Decisão não unânime. I - Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias ou prestação de serviços, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real. (art. 25, § 1º, VI, CTE); II - É lícito ao Fisco exigir crédito tributário relativo a vendas efetuadas pelo contribuinte e registradas apenas em controles paralelos. III - O Fisco pode apreender mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos e outros objetos, com a finalidade de comprovar infrações à legislação tributária ou para efeito de instruir o processo administrativo tributário (artigo 147 da Lei nº 11.651/91) IV - O aplicativo denominado "authenticator" assegura a fidelidade e integridade das cópias dos arquivos magnéticos extraídos da Unidade Central de Processamento (CPU) em uso no estabelecimento mediante assinatura digital gerada para cada arquivo copiado.