



Número: **0025196-40.2015.8.18.0140**

Classe: **APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA**

Órgão julgador colegiado: **2ª Câmara de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargador JOSÉ WILSON FERREIRA DE ARAÚJO JÚNIOR**

Última distribuição : **09/11/2022**

Valor da causa: **R\$ 3.983.311,75**

Processo referência: **0025196-40.2015.8.18.0140**

Assuntos: **ICMS / Incidência Sobre o Ativo Fixo, Anulação de Débito Fiscal, Citação, Liminar**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
ESTADO DO PIAUI (APELANTE)	LEONARDO BARROSO COUTINHO (ADVOGADO)
MELO E CHAVES COMIDAS E BEBIDAS LTDA - ME (APELADO)	CARLOS YURY ARAUJO DE MORAIS (ADVOGADO)

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
12201892	07/07/2023 17:04	Acórdão	ACÓRDÃO SEGUNDO GRAU



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ

ÓRGÃO JULGADOR : 2ª Câmara de Direito Público

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0025196-40.2015.8.18.0140

Origem: Teresina / 4ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública

Apelante: ESTADO DO PIAUÍ

Procuradoria-Geral do Estado do Piauí

Apelado: MELO E CHAVES COMIDAS E BEBIDAS LTDA.

Advogado: Carlos Yury Araújo de Moraes (OAB/PI Nº 3.559)

Relator: Des. José Wilson Ferreira de Araújo Júnior

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTOS DE INFRAÇÃO. TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ARTS. 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 105/2001. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF. MECANISMO LEGÍTIMO DE COMBATE À SONEGAÇÃO FISCAL. SIMPLES NACIONAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA NÃO VERIFICADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Vislumbra-se a inexistência de decadência quanto aos créditos relativos às competências 10/08, 11/08 e 12/08, objetos do auto de infração nº 1515363001892-7 (ID. 8489722). Ocorre que, ao contrário do que pontua o magistrado de piso, os créditos relativos às competências 10/08, 11/08 e 12/08, foram lançados dentro dos 05 anos referidos no artigo anterior, no dia 30/09/2013, às 16h48, conforme se observa pela leitura do referido documento (ID 8489722, pg. 10). 2. Assim, não há que se falar em decadência, no que tange aos mencionados créditos, vez que observado o prazo de 05 anos previsto no CTN. 3. Em sede de repercussão geral, firmada no RE 601.314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, o STF assentou a tese de que



(Tema 225): “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 4. Portanto, improcede a alegação da autora/recorrida, sendo perfeitamente possível que o fisco estadual utilize as informações obtidas junto as operadoras de cartão de crédito e instituições bancárias, não havendo que se falar em violação o dever de sigilo. 5. Por outro lado, no caso em questão, verifica-se que a autuação fiscal se iniciou com a lavratura do auto de infração (ID 8489721), que, por sua vez, decorreu de informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, ou seja, não houve prévia notificação da apelada, o que revela a invalidade de todo o procedimento fiscal. 6. Dessa forma, conclui-se pela nulidade dos autos de infração ora impugnados, ante a ausência de procedimento administrativo prévio à autuação da empresa apelada.

DECISÃO

Acordam os componentes da 2ª Câmara de Direito Público, do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, à unanimidade, nos termos do voto do Relator: “voto pelo conhecimento e parcial provimento da Apelação, a fim de reformar a sentença recorrida apenas para afastar a ocorrência da decadência do direito de lançar os créditos relativos às competências 10/08, 11/08 e 12/08, objetos do auto de infração nº 1515363001892-7 (ID. 8489722).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO PIAUÍ em face da r. sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina-PI, nos autos da Ação Anulatória nº 0025196-40.2015.8.18.0140 proposta por MELO E CHAVES – COMÉRCIO DE COMIDAS E BEBIDAS LTDA, que julgou procedentes os pedidos constantes na inicial, “para anular os autos de infração nº 1515363001897-8, 1515363001896-0, 1515363001895-1, 1515363001894-3, 1515363001893-5 e 1515363001892-7”, bem como reconhecer a existência de decadência quanto ao auto de infração nº 1515363001892-7. Custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico almejado.

Em suas razões, ID. 8489762, o apelante aduz, em suma, a existência de procedimento administrativo regular, sendo improcedente o argumento de que houve violação ao devido processo legal.

Assevera que o fisco abriu procedimento com a lavratura dos Autos de Infração a partir da verificação de desconformidade dos recebimentos decorrentes dos pagamentos por Cartão de



Crédito e outras transações bancárias com o que fora declarado pela parte autora em seu faturamento. Alega que, após a autuação, foi aberto prazo legal para que a parte autora, ora apelada, apresentasse defesa, com sua devida e regular intimação. Porém, a demandante ficou-se inerte, sendo configurada revelia administrativa com a homologação dos Autos de Infração e a posterior e natural constituição das Certidões de Dívida Ativa e sua consequente execução fiscal.

Assevera, ainda, não há que se falar em decadência no crédito tributário estabelecido no lançamento tributário do Auto de Infração 1515363001892-7, uma vez que o Fisco observou o prazo de 05 anos previsto no CTN.

Requer, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença vergastada e, conseqüentemente, julgar improcedente o pleito inicial.

A parte apelada, em sede de contrarrazões, pugnou o desprovimento ao recurso (ID 8489767).

O Ministério Público Superior deixa de opinar no feito, ante a ausência de interesse público que justifique sua intervenção.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos gerais de admissibilidade recursal e cumpridos os requisitos estabelecidos no art. 1.010, e seguintes, do Código de Processo Civil, CONHEÇO da Apelação interposta.

Cuida-se, na origem, de Ação Anulatória de Lançamento Tributário, na qual se pretende a desconstituição dos Autos de Infração nºs 1515363001897-8, 1515363001896-0, 1515363001895-1, 1515363001894-3, 1515363001893-5, e 1515363001892-7, vez que realizado com base em informações prestadas por operadoras de cartão de crédito, sem processo administrativo anterior à requisição das informações sobre a movimentação financeira do contribuinte.

Outrossim, a parte autora/apelada alega, ainda, a decadência em relação ao auto de infração nº 1515363001892-7, por se referir a créditos tributários levantados pela autoridade fiscal no ano de 2008.

Conforme relatado, o magistrado de origem julgou procedentes os pedidos constantes na inicial, "para anular os autos de infração nº 1515363001897-8, 1515363001896-0, 1515363001895-1, 1515363001894-3, 1515363001893-5 e 1515363001892-7", bem como reconhecer a existência de decadência quanto ao auto de infração nº 1515363001892-7.

Pois bem. Da análise da lide, tenho que a sentença atacada merece parcial reforma.

Inicialmente, registra-se a inexistência de decadência quanto aos créditos relativos às competências 10/08, 11/08 e 12/08, objetos do auto de infração nº 1515363001892-7 (ID. 8489722).

A situação dos autos se insere na hipótese de recolhimento a menor do tributo, uma vez que a dedução realizada pelo contribuinte não abarcou todo o débito tributário a ponto de dispensar



qualquer pagamento, nem houve demonstração de que foi objeto de dolo, fraude ou simulação. Desse modo, o prazo para constituição das diferenças daí decorrentes deve ser contado a partir do fato gerador.

Os referidos lançamentos tributários teriam decadência ocorrida apenas nos meses respectivos de 10, 11 e 12 do ano de 2013, conforme a regra de decadência para tributos sujeitos a lançamento por homologação prevista no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...) § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em tela, o juízo *a quo*, ao aplicar o § 4º, do art. 150, do CTN, reconheceu a decadência de lançar os referidos créditos, por entender que o Auto de Infração n.º 1515363001892-7 foi lavrado “somente em 30/09/2013, com intimação em 01/10/13, ou seja, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos de que dispunha o Fisco”.

Ocorre que, ao contrário do que pontua o magistrado de piso, os créditos relativos às competências 10/08, 11/08 e 12/08, foram lançados dentro dos 05 anos referidos no artigo anterior, no dia 30/09/2013, às 16h48, conforme se observa pela leitura do referido documento (ID 8489722, pg. 10).

Assim, não há que se falar em decadência, no que tange aos mencionados créditos, vez que observado o prazo de 05 anos previsto no CTN.

Passo a enfrentar a alegação constante no Apelo de legalidade dos autos de infração sob os quais se insurge a lide.

No caso vertente, constata-se que o fato gerador da obrigação tributária em questão diz respeito à incidência de ICMS ao longo do ano de 2014, referente à omissão de receita tributável apurada com base no confronto entre as informações prestadas pelas administradoras de cartão de débito/crédito, relativas às vendas realizadas, e as saídas declaradas pela empresa apelada. Contudo, cumpre registrar que não é objeto do presente recurso a ocorrência do fato gerador e, conseqüentemente, o seu dever de recolher o ICMS nas operações que realizou, nem, finalmente, o valor do tributo cobrado. O mérito do recurso, como já dito, é a observância da lei pela Administração quanto ao procedimento administrativo fiscal, especificamente a constituição do crédito tributário (lançamento).

Sobre o tema, tem-se que o sigilo das informações bancárias e financeiras tem regulamentação expressa na Lei Complementar nº 105/2001, sendo que, em seu art. 5º, consta que tais instituições, assim consideradas as administradoras de cartões, deverão informar as operações efetuadas pelos usuários de seus serviços à administração tributária, que se “restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”.



Importante ressaltar que a fiscalização impugnada pela parte recorrida não repercute na esfera do direito de sigilo do contribuinte e não se encontra vinculada ao disposto no art. 6º, da Lei Complementar nº 105/2001. Confira-se:

Art. 6 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.

Na verdade, o Fisco apenas obtém informações superficiais sobre recebimentos de contribuinte de ICMS, que não identificam titulares dos cartões, nem dados pessoais e também não acompanham extratos de gastos.

Em sede de repercussão geral, firmada no RE 601.314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, o STF assentou a tese de que (Tema 225): “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrarias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de



conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a 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 um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)

No âmbito do Estado do Piauí, em especial no que pertine ao ICMS, há autorização legal para que o fisco estadual exija das administradoras de cartões de crédito, débito ou similar a prestação de informações relacionadas às operações realizadas por contribuintes do imposto, como se extrai do art. 55, IV, da Lei Estadual nº 4.257/89:

Art. 55. A Administração Fazendária, no interesse do controle da fiscalização e arrecadação, e objetivando simplificar a aplicação da legislação tributária, e ainda, tendo em vista a atividade econômica do estabelecimento e a natureza das operações ou prestações nele realizadas, poderá na forma da legislação tributária:

[...]

IV - exigir das administradoras de cartão de crédito, de débito ou similar, - prestação de informações ao fisco estadual do valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes deste Estado, por meio e seus sistemas de crédito, de débito ou similares. (Inciso acrescentado pela Lei nº 5.769, de 30.06.2008, DOE PI de 30.06.2008)

Portanto, improcede a alegação da autora/recorrida de violação, na espécie, ao dever de sigilo, sendo perfeitamente possível que o fisco estadual utilize as informações obtidas junto as operadoras de cartão de crédito e instituições bancárias.

De sorte, a despeito da ausência de quebra de sigilo bancário, os Estados e Municípios não podem requisitar livremente informações das empresas administradoras de cartões de crédito e débito; devem, antes, regulamentar o modo de como estas informações serão obtidas para fins de resguardar as garantias processuais do contribuinte. Não pode o



órgão fiscal se valer da quebra de sigilo em momento anterior à instauração de procedimento administrativo ou sem ordem judicial, tal como ocorrido no caso dos autos.

Aliás, quando do julgamento conjunto das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, o Relator, Ministro Dias Toffoli, assim dispôs sobre o regulamento da questão no âmbito dos Estados e Municípios:

"(...). Assim, a exemplo do que prevê o mencionado decreto federal, a regulamentação da matéria no âmbito estadual e municipal deverá, obrigatoriamente, conter as seguintes garantias:

i) pertinência temática entre as informações bancárias requeridas na forma do art. 6º da LC nº 105/01 e o tributo objeto de cobrança no processo administrativo instaurado;

ii) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo (leia-se, o contribuinte deverá ser notificado da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira) e relativamente a todos os demais atos;

No caso em questão, verifica-se que a autuação fiscal, como antes dito, se iniciou com a lavratura do auto de infração (ID 8489721), que, por sua vez, decorreu de informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, ou seja, não houve prévia notificação da apelada, o que revela a invalidade de todo o procedimento fiscal.

Em outros termos, evidente que a utilização de dados constantes dos arquivos das operadoras de cartão de crédito/débito não se deu no curso do procedimento administrativo, mas sim consistiu no ponto de partida do próprio levantamento fiscal, no qual foi constatada a infração.

Veja-se que o artigo 6º da Lei Complementar 105/01 é taxativo ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, somente se (i) houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e (ii) tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Dessa forma, conclui-se pela nulidade dos autos de infração ora impugnados, ante a ausência de procedimento administrativo prévio à autuação da empresa apelada, conforme entendimento esposado pelo magistrado de origem.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento e parcial provimento da Apelação, a fim de reformar a sentença recorrida apenas para afastar a ocorrência da decadência do direito de lançar os créditos relativos às competências 10/08, 11/08 e 12/08, objetos do auto de infração nº 1515363001892-7 (ID. 8489722).

É o voto.

Sessão Ordinária da 2ª Câmara de Direito Público, por videoconferência, presidida pelo



Exmo. Sr. Des. José Wilson Ferreira de Araújo Júnior.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. José James Gomes Pereira, Des. Manoel de Sousa Dourado, Des. José Wilson Ferreira de Araújo Júnior – Relator.

Impedimento/Suspeição: Não houve.

Presente a Exma. Sra. Dra. Rosangela de Fátima Loureiro Mendes, Procuradora de Justiça.

Presente o Dr. Carlos Yury Araújo de Moraes (OAB/PI Nº 3.559).

SALA DAS SESSÕES POR VIDEOCONFERÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ, em Teresina, 06 de julho de 2023.

Des. José Wilson Ferreira de Araújo Júnior

- Relator -

