

Finocchio & Ustra

.....
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



Finocchio
& Ustra

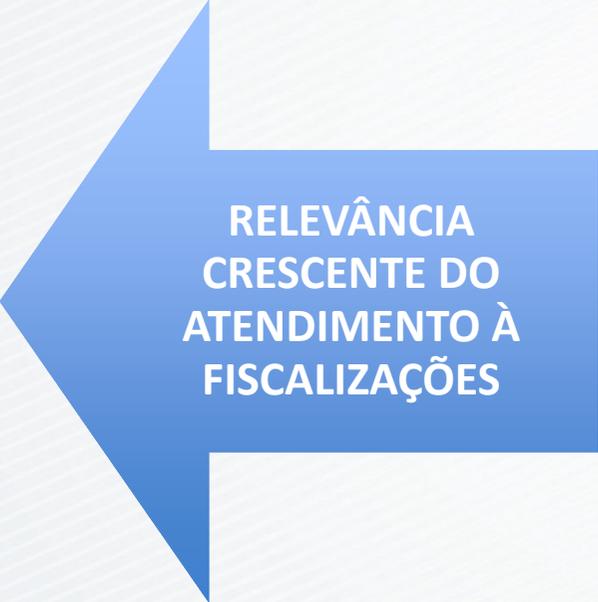
.....
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Fiscalização Tributária

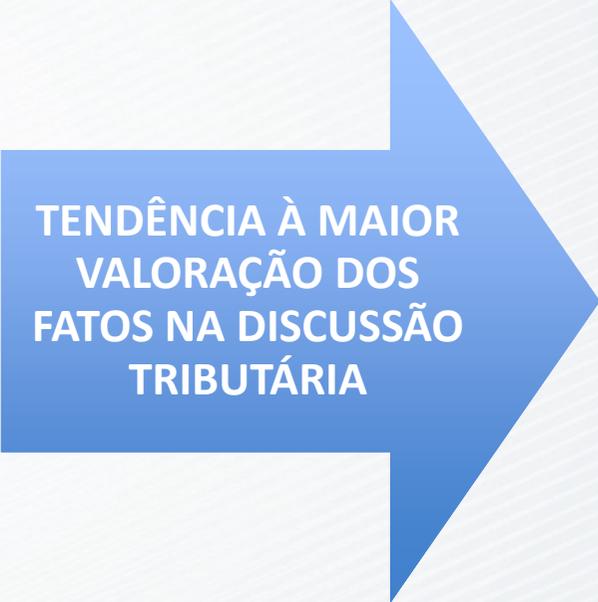
O ato fiscalizatório e os poderes de atuação

Contextualização do Tema

O ATENDIMENTO ÀS FISCALIZAÇÕES ASSUME CADA VEZ MAIOR RELEVÂNCIA:



**RELEVÂNCIA
CRESCENTE DO
ATENDIMENTO À
FISCALIZAÇÕES**



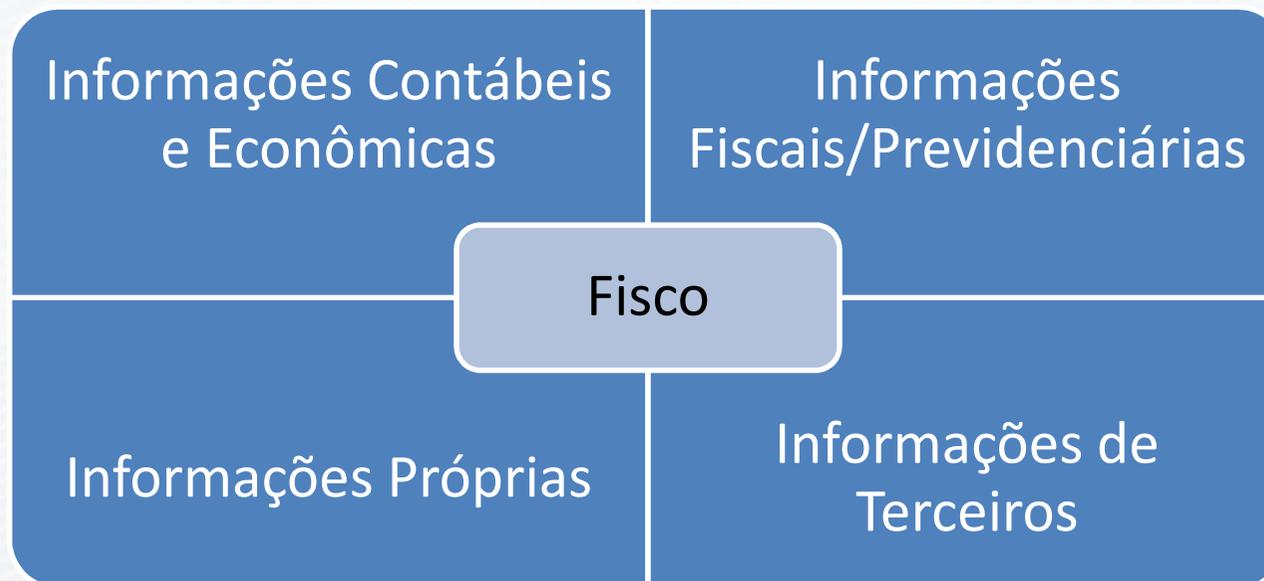
**TENDÊNCIA À MAIOR
VALORAÇÃO DOS
FATOS NA DISCUSSÃO
TRIBUTÁRIA**

Contextualização do Tema



Contextualização do Tema

SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL (SPED)



Contextualização do Tema

OPERAÇÕES ESPECIAIS

"A Receita Federal abriu uma guerra contra o planejamento tributário feito pelas empresas para pagar menos impostos e vem travando uma disputa nos tribunais sobre a legalidade de uma série de negócios bilionários feitos nos últimos anos, como fusões, aquisições, incorporações e reorganizações societárias. O Fisco criou duas delegacias especiais de fiscalização de operações de planejamento tributário, em São Paulo e no Rio de Janeiro, e vai formar equipes de auditores especiais em todas as 10 superintendências regionais do País."

"É preciso frisar que existem prejuízos gerados licitamente. Nem todo o planejamento é ilegal. Existem muitas possibilidades de economizar o pagamento de tributos. Mas temos visto muitas operações que não têm nenhuma substância econômica racional, que são montadas apenas para não pagar os tributos. Essas podem ser questionadas pelo Fisco", diz o subsecretário de Fiscalização da Receita, Marcos Neder."

"Antes, o Fisco tentava descaracterizar o que estava formalmente correto. Agora, estamos melhor preparados. A inteligência fiscal começou a levantar provas que não estão nos livros, nas assembleias, que ajudam a convencer os julgadores administrativos e judiciais de que a operação não tem a menor justificativa econômica", ressalta o Subsecretário."

(FONTE: AGÊNCIA ESTADO)

Contextualização do Tema

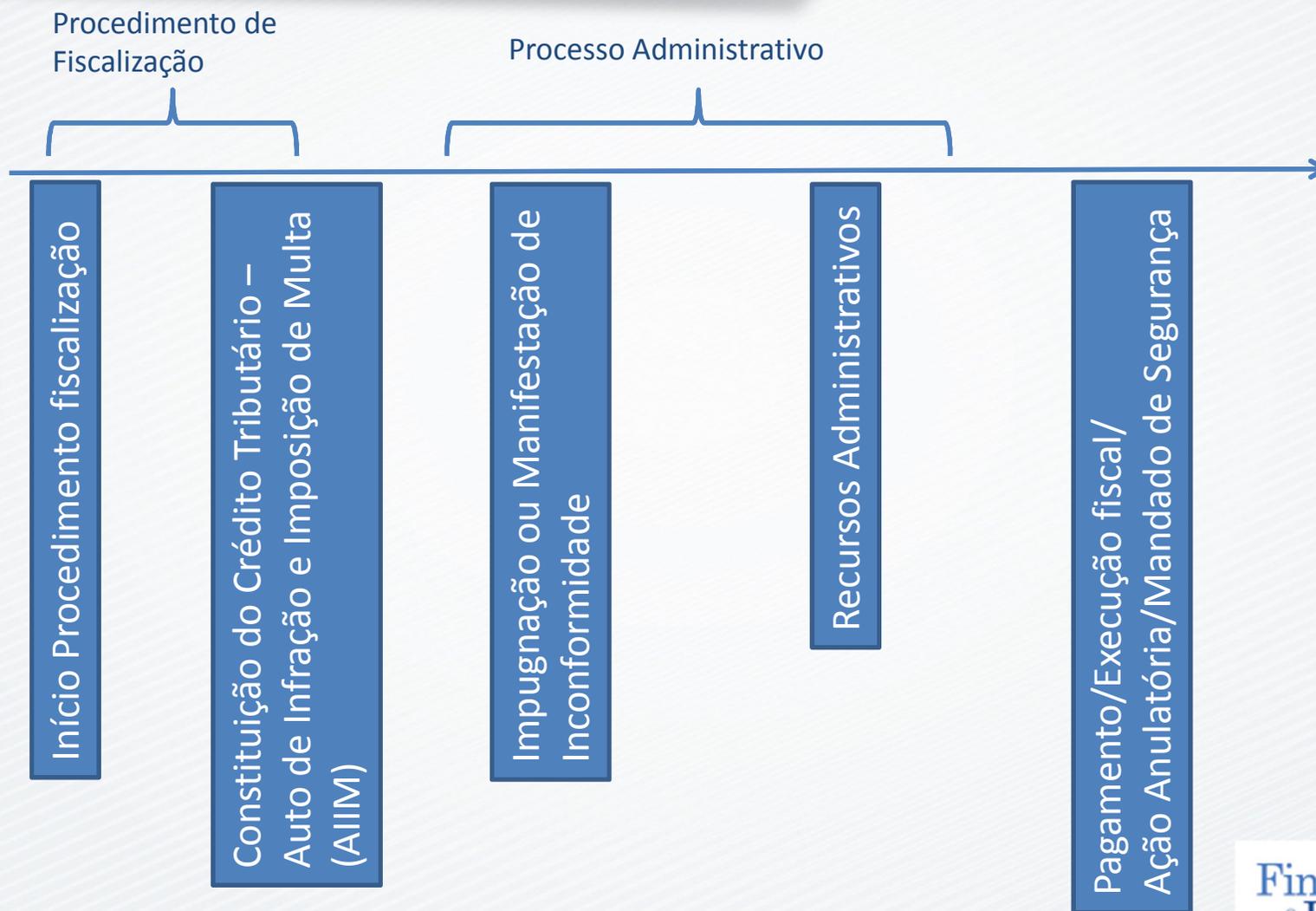
TEORIA DOS PRECEDENTES

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

(...)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Crédito Tributário



Conceito de Fiscalização

- **A Fiscalização é um procedimento para apurar o correto cumprimento das obrigações principais e acessórias (art. 142 do CTN)**
- A apuração e recolhimento dos impostos realizada pelo próprio contribuinte ou responsável (lançamento por homologação) e
- A prestação/ declaração das informações ao Fisco (obrigações acessórias ou deveres instrumentais)

- **Encontra-se disciplinada a partir do 194 do Código Tributário Nacional e normas específicas**

Princípios da Fiscalização

Princípios Inerentes ao Ato Administrativo

▪ **Princípio da Legalidade:** o agente administrativo deve agir em conformidade com a lei e somente quando por ela autorizado.

▪ **Princípio da Moralidade:** o agente público deve agir tendo em vista a aplicação integral do direito positivo, e não apenas a parte que lhe serve.

Ex.: lançamento de tributos não-cumulativos que desconsidere os créditos do fiscalizado – mesmo que não-apropriados.

▪ **Princípio da Impessoalidade:** o agente público age em prol do interesse público, nunca do seu interesse particular. O ato administrativo revestido de personalidade é nulo.

Princípios da Fiscalização

Princípios Inerentes ao Ato Administrativo

▪ **Princípio da Publicidade:** os atos administrativos devem ser públicos, acessíveis a todos do povo.

▪ **Princípio da Razoabilidade:** impõe à administração limites lógicos entre o fato identificado e sua atuação concreta.

Ex.: se o fiscalizado cumpre integralmente com as determinações da fiscalização não é razoável que sejam aplicadas medidas fiscalizatórias de exceção (quebra de sigilo bancário, fiscalização especial e etc.)

▪ **Princípio da Proporcionalidade:** muito ligado à razoabilidade, não permite excessos em relação à finalidade visada pela fiscalização.

Princípios da Fiscalização

Princípios Inerentes ao Ato Administrativo

▪ **Princípio da Eficiência:** exige-se do agente público que atue com presteza, agilidade e rendimento funcional.

Ex.: fiscalizações que se desdobram por período muito longo de tempo podem ser questionadas por conta deste princípio, desde que, é claro, não haja motivos razoáveis para tanto.

▪ **Princípio da Finalidade:** o ato do agente administrativo deve buscar a aplicação do ordenamento jurídico e toda sua atividade deve ser dirigida à esta finalidade.

Princípios da Fiscalização

Princípios Específicos ao Procedimento de Fiscalização

▪ **Princípio da Legalidade Objetiva:** é o princípio da legalidade aplicado ao procedimento e ao processo administrativo.

Ex.: apenas pode-se aplicar procedimentos especiais de fiscalização quando presente os requisitos legais para tanto.

▪ **Princípio da Vinculação:** Contrariamente à atividade administrativa discricionária, a exercida no procedimento de fiscalização é estritamente vinculada, é dizer, o comportamento da administração e de seus agentes requer prévia e objetiva tipificação legal. Disto decorre a necessária observância, pela fiscalização, das regras procedimentais estampadas em lei, sendo-lhe vedado a atuação discricionária.

Princípios da Fiscalização

Princípios Inerentes ao Ato Administrativo

▪ **Princípio da Oficialidade:** refere-se à obrigação da autoridade fiscal em promover o andamento do procedimento ou processo de ofício, independente do requerimento do fiscalizado.

▪ **Princípio da Verdade Material:** o procedimento de fiscalização, na ânsia de chegar ao bem comum pela aplicação do ordenamento jurídico, deve perseguir a realidade dos fatos sobre os quais se debruça, não podendo contentar-se apenas com a verdade formal. Dele decorre diretamente o **Princípio do Dever de Investigação**.

Ex.: é dever da fiscalização promover diligências averiguatórias que permitam alcançar a verdade real

Princípios da Fiscalização

Princípios Inerentes ao Ato Administrativo

▪ **Princípio do Dever de Colaboração:** como já afirmado que a finalidade da atuação administrativa é o bem comum, natural que seja imposto aos fiscalizados o dever de colaborar com a fiscalização, suportando os atos fiscalizatórios e colaborando com os mesmos através da entrega de informações e documentos.

▪ **Princípio do Objetivação:** A fiscalização deve delimitar o objeto da fiscalização, sob pena de possível nulidade.

▪ **Princípio da Cientificação:** o procedimento de fiscalização, para ser válido, não pode ocorrer sem o conhecimento do fiscalizado, que deverá ser cientificado de todos os atos e procedimentos que se refiram à sua esfera de interesses.

Ex.: Na esfera federal, a cientificação do início do procedimento fiscal se dá com a apresentação do MPF.

Princípios da Fiscalização

Princípios Inerentes ao Ato Administrativo

▪ **Princípio do Livre Acesso aos Autos:** ao fiscalizado deve ser franqueado o acesso aos autos de qualquer procedimento contra si realizado (art. 3º, II, da Lei 9.784). É decorrência do Princípio da Publicidade.

▪ **Princípio da Fundamentação:** Todo o procedimento de fiscalização deve indicar o fundamento legal dos atos praticados.

▪ **Princípio do Direito de Petição:** Ainda que não haja o direito ao contraditório propriamente dito, sempre será resguardado ao fiscalizado o direito de peticionar aos órgãos da administração.

Ex.: o fiscalizado tem assegurado o direito de peticionar à Administração relatando o fundamento legal de operação que está sendo questionada pela fiscalização.

Fiscalização: início

- **Notificação escrita (MPF)**

- Correspondência, pessoalmente ou meio eletrônico
- Tributo e período/ exercício fiscalizado
- Lista de documentos e prazo para atendimento
- Nome do agente fiscal

- **Lavratura do “livro de ocorrências” – anotação do início da fiscalização**

Obrigações do Contribuinte

- Fornecer os documentos e as informações exigidos em Lei.
- Exigir recibo/ comprovante de entrega dos referidos documentos e informações. (Quanto mais detalhado for o recibo de entrega, será melhor para o contribuinte)
- Todos os pedidos de dilação de prazo para a entrega dos documentos e informações devem ser feitos por escrito.

Obrigações do Fisco

- **Mercadorias, livros, arquivos, documentos e papéis do contribuinte:**

“Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.”

- **O Fisco pode exigir os documentos e livros, nos termos da Lei ou dos Regulamentos**

Documentos: Lucro Real

• **O que pode ser exigido de uma empresa no Lucro Real em uma fiscalização de Imposto de Renda?**

- Livros Diário;
- Diários Auxiliares;
- Razão;
- Registro de Inventário;
- Notas fiscais;
- Lalur; e
- Arquivos magnéticos

Pergunta: A Exigência de outros documentos pela Fiscalização é legal?

Fiscalização: efeitos

- Fiscalização: Perda da espontaneidade
- MPF (tributos federais): validade de 60 ou 120 dias
- Ausência de NOTIFICAÇÃO prorrogando o MPF restabelece a espontaneidade

Fiscalização: Prorrogações

RECURSO ESPECIAL - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRAZO PARA A FISCALIZAÇÃO - INTERPRETAÇÃO DO ART. 7º, 2º DO DECRETO 70.235/72 - SUMULA 282/STF.

1. Aplica-se o teor da Súmula 282/STF quanto aos dispositivos não prequestionados.

2. Segundo o art. 7º, 2º do Decreto 70.235/72, o Fisco dispõe de 60 (sessenta) dias para concluir o procedimento administrativo fiscal, podendo ser prorrogado o prazo por igual período, sucessivamente, até que se conclua os trabalhos, desde justificada a necessidade de prorrogação por ato administrativo vinculado e motivado.

3. Interpretação literal no sentido de que a prorrogação somente pode se dar uma única vez, por igual período, que não encontra respaldo na técnica legislativa.

4. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(STJ – T2 - REsp 666277 / CE, Min. Rel. Eliana Calmon, DJ 21.11.2005)(Grifo Nosso)

Fiscalização: Espontaneidade

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PRECEDENTES - ARTIGO 138 DO CTN - MULTA MORATÓRIA - EXIGIBILIDADE.

1. Em sede de agravo regimental, a tese da agravante é a de que a não-configuração da denúncia espontânea não decorre de ser ou não o tributo sujeito a lançamento por homologação, mas da existência ou não de prévia declaração (confissão) do tributo pago em atraso.

2. A análise dessa questão enseja revolvimento de matéria fática (Súmula 07/STJ), uma vez que o acórdão recorrido por especial em nenhum momento assentou que não houve prévia declaração pela agravante do valor pago em atraso.

3. Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação "não há configuração de denúncia espontânea com a conseqüente exclusão da multa moratória, na hipótese em que o contribuinte declara e recolhe, com atraso, o seu débito tributário". Agravo regimental improvido.

(Superior Tribunal de Justiça - STJ - T2 - SEGUNDA TURMA AgRg no Ag 781673 / DF)

Fiscalização: Nulidades

EXEMPLO 01: O Fisco Paulista criou uma operação (denominada de “Cartão Vermelho”) para Fiscalizar o recolhimento do ICMS pelos bares, restaurantes e casas noturnas.

A operação consistia na intimação do contribuinte para que informasse as divergências encontradas nos valores declarados de receita daqueles recebidos de operadoras de cartão de crédito.

Tal procedimento é legal? Eventual crédito tributário é legítimo?

Fiscalização: Nulidades

EXEMPLO 02:

A Lei Complementar nº 105/2001 e do Decreto nº 3.724/2001 facultaram aos auditores fiscais *“o exame de documentos, registros e livros de instituições financeiras, desde que houvesse processo administrativo instaurado, ou procedimento fiscal em curso e desde que o exame de tais dados fossem reputados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”*

Tal procedimento é legal? Eventual crédito tributário é legítimo?

Fiscalização: Nulidades

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO.

Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Decisão

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), deu provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo recorrente, o Dr. José Carlos Cal Garcia Filho e, pela recorrida, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque, Procurador da Fazenda Nacional. Plenário, 15.12.2010.

(STF - RE 389808 / PR - PARANÁ - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 15/12/2010 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)”

Fiscalização: Nulidades

EXEMPLO 03:

Em inúmeras fiscalizações, as Fazendas Públicas promovem a “invasão” do estabelecimento comercial, abrindo pastas, gavetas e arquivos eletrônicos sem a autorização do contribuinte.

Tal procedimento é legal? Eventual crédito tributário é legítimo?

Fiscalização: Nulidades

EXEMPLO 04:

Em inúmeras autuações, o Fisco desconsidera a existência de créditos não apropriados pelo contribuinte ou saldo credor do tributo da pessoa jurídica, lavrando Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) apenas do valor do débito.

A empresa Y deixou, por erro, de tributar (ICMS) uma operação de venda de mercadoria no valor de R\$1.000.000,00 e também deixou de apropriar o crédito de ICMS de uma operação de compra de insumo no valor de R\$500.000,00. Apesar disso, o Fisco lavrou o AIIM com uma BC de R\$1.000.000,00.

Tal procedimento é legal?

Fiscalização: Nulidades

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Omissão com relação a cobrança do imposto Obrigação principal
Ocorrência **Improcede a autuação quando verificada que o sujeito possuía saldo credor suficiente a amparar estorno de crédito indevido** - Parcial procedência do recurso, para a anular o lançamento do imposto - Embargos acolhidos, com efeito modificativo, para dar parcial provimento Recurso de apelação.

(...)

Com efeito, indevida é a autuação na qual se verifica que o sujeito passivo possuía na conta gráfica saldo credor suficiente a amparar eventual estorno dos créditos questionado pelo Fisco Estadual. Isto decorre da própria sistemática não-cumulativa de apuração do ICMS, a qual pressupõe o cotejo entre créditos e débitos na conta fiscal do contribuinte.

Assim, comprovado por meio de prova pericial / documental que não havia ICMS a recolher ante a existência de saldo credor na conta-corrente fiscal, se torna insubsistente o auto de infração.

(TJ/SP)

Fiscalização: Nulidades

EXEMPLO 05:

O Fisco Paulista tem, em determinados casos, dividido o Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) em diversas autuações com valores inferiores a 5.000 UFESPs, impossibilitando, assim, a apresentação de recursos ao Tribunal de Impostos e Taxas (TIT), órgão colegiado e imparcial.

Tal procedimento é legal? Eventual crédito tributário é legítimo?

Fiscalização: Nulidades

MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - PRESENÇA DO REQUISITO DA RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO - INDEFERIMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

(...)

Com efeito, tendo os autos de infração sido lavrados no mesmo dia e em igual contexto, ao próprio fisco interessa, para conjurar a possibilidade de eventual nulidade decorrente do cerceamento de defesa, que sejam reunidos para o fim de permitir a interposição de Recurso Ordinário com sustentação oral ao Tribunal de Impostos e Taxas.

Em tais condições, dá-se provimento ao recurso, para deferir a liminar, confirmando o efeito ativo já deferido.

(TJ/SP)

Fiscalização: Nulidades

EXEMPLO 06:

A Fiscalização perdura por períodos extremamente longos, como p. ex. período acima de 1 (um) ano, sem que haja qualquer conclusão da Fiscalização e, conseqüentemente, o seu encerramento.

Tal procedimento é legal?

Fiscalização: Nulidades

EXEMPLO 07:

Em procedimento administrativo de cassação da inscrição estadual, o Fisco impossibilita o contribuinte de ter acesso amplo ao processo, vedando indiretamente a possibilidade da apresentação de uma defesa satisfatória pela pessoa jurídica.

Tal procedimento é legal?

Fiscalização: Nulidades

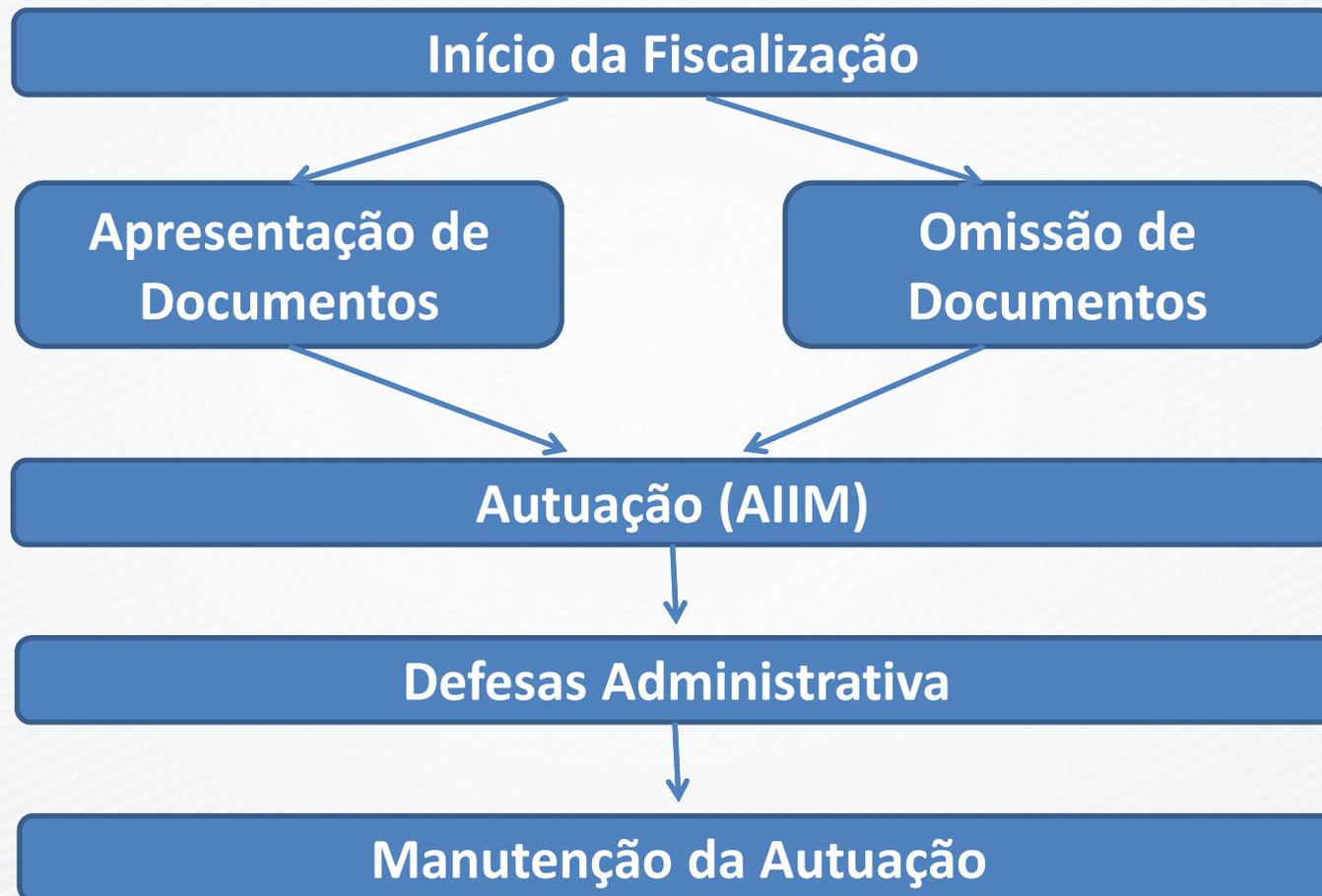
Despacho

(...) 2. Indefiro o pedido de efeito suspensivo. **Aparenta desconforto com o princípio do contraditório e ampla defesa impossibilitar que o investigado faça carga de procedimento administrativo, porquanto poderia a recorrente providenciar meios seguros de conservação de documentos reputados originais e de difícil restauração.**

3. A resposta no prazo legal. Após, voltem-me os autos conclusos.

(TJ/SP – 12 de julho de 2012)

Fiscalização: Atendimento



Fiscalização: Atendimento



Finocchio & Ustra

.....
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Leandro Lucon
leandro.lucon@fius.com.br

Octávio Ustra
octavio.ustra@fius.com.br