

Acórdão: 17.753/07/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010120814-00
Impugnante: G.B. Comércio de Fraldas e Artigos de Higiene Pessoal Ltda.
Proc. S. Passivo: Cristiano Pessoa Sousa/Outro(s)
PTA/AI: 01.000155206-58
Inscr. Estadual: 062017355.00-44
Origem: DF/BH-4

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO. Imputação fiscal de que a Autuada emitiu documentos fiscais consignando, nos mesmos, valores das operações inferiores aos efetivamente praticados fato apurado mediante o confronto das importâncias lançadas a crédito na conta corrente bancária de titularidade da empresa e as das notas fiscais de vendas emitidas no período. Entretanto, o lançamento de créditos em conta corrente não é suficiente para caracterizar a circulação econômica de mercadorias. Infração não caracterizada. Ilegítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso VII, da Lei nº 6.763/75. Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro/2002 a novembro/2003, por ter a Autuada consignado nas notas fiscais de saída de mercadorias, importância inferior ao efetivo valor da operação, apurado mediante o confronto entre os valores levados a crédito em conta corrente bancária da empresa e aqueles consignados nas respectivas notas fiscais de venda. Exigem-se ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso VII, artigo 55, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 406/440, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 504/509.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 519/524, opina pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 07/11/07, presidida pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Edvaldo Ferreira, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 13/11/07.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros, a saber: o Conselheiro Vander Francisco Costa (Revisor), pela improcedência do lançamento e a Conselheira Lúcia Maria Bizzotto Randazzo (Relatora), pela procedência do lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Benedito Miranda.

DECISÃO

O trabalho fiscal foi realizado com base em informações extraídas do extrato bancário da conta corrente nº 888-5, da agência 2851-7 do Banco Bradesco S/A. Neste trabalho foi realizado um confronto entre os valores lançados a crédito na conta corrente, com os valores das notas fiscais de vendas no mesmo período.

A Contribuinte em sua defesa alega que a produção de provas pelo Fisco Estadual foi realizada de forma ilegal, uma vez que as informações foram obtidas através de quebra do sigilo bancário sem o devido processo judicial.

Alega, ainda, que o Fisco autuou por situações de transações financeiras diversas, como cheques devolvidos, transferência entre contas de mesmo titular, operações de mútuo, empréstimos e outras formas de coleta de recursos financeiros, e que, portanto, não deveria incidir o ICMS por inexistência da hipótese de incidência para este fato imponible.

A Fiscalização em sua manifestação esclarece que os procedimentos fiscais relativos à autuação tiveram início com a “Solicitação de Conferência Fiscal” oriunda do Posto Fiscal José Salustiano dos Santos, pois em outra ocasião haviam autuado a Contribuinte após terem verificado a existência de pedidos e boletos bancários tendo como cedente pessoa jurídica diversa da emitente dos documentos fiscais, ficando nesta oportunidade constatado o subfaturamento. Foi emitido o Auto Infração quitado pela empresa autuada que é integrante do grupo econômico que apresenta a Impugnação.

Com base nestas evidências e amparada no art. 6º da Lei Complementar 105/2001 a fiscalização solicitou o extrato da Contribuinte à instituição financeira.

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. (Grifo nosso).

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

A legislação nacional através da Lei Complementar 105/2001 autoriza que as autoridades e os agentes fiscais dos Estados examinem documentos e registros de instituições financeiras, mas condiciona a pelo menos duas situações que devem ser observadas pelos agentes: haver um processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que tais exames sejam considerados indispensáveis. No presente caso não ocorreu nenhuma das duas condições, quando deveriam ocorrer ambas, pois a preposição "e" utilizada obriga a uma interpretação desta forma.

O Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF- de fls. 02 é datado de 22 de março de 2007, ficando formalmente caracterizado que esta é a data em que teve início o procedimento fiscal. Já os extratos foram emitidos em 23 de janeiro de 2007, conforme documentos de fls. 44 a 104 e, desta forma, pode-se concluir que a quebra do sigilo bancário foi realizada antes de haver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, fazendo com que tal prova, pela forma como foi obtida seja ilícita, não devendo ser considerada nas análises dos autos.

A Manifestação Fiscal em fls. 505 relata o procedimento correto da Fiscalização para cobrar ICMS devido em ação do Posto Fiscal José Salustiano dos Santos quando em fiscalização de trânsito foram identificados documentos que levaram à conclusão de subfaturamento, tendo sido emitido o Auto de Infração, aceito e pago pela Contribuinte. Isto demonstra que existe outras formas da Fiscalização realizar o seu trabalho e caracterizar o subfaturamento.

Na legislação mineira, o art. 194 do RICMS cita outras formas da fiscalização agir, não constando o levantamento pelo extrato bancário e nem mesmo a conta banco e, sendo assim, não se encontra presente a segunda condição do artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, ou seja, que os exames dos extratos sejam considerados indispensáveis ao trabalho fiscal.

Fica demonstrado que estes procedimentos não são indispensáveis por existir outras formas de caracterizar o subfaturamento. Mais uma vez, o fato não se subsume à hipótese de incidência.

A Constituição Federal de 1988 ao tratar da competência tributária dos Estados no artigo 155, inciso II diz ser competência dos Estados tributar as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes e comunicação:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A CF/88 não dá competência aos Estados para tributar os créditos financeiros recebidos em suas contas correntes. Transações financeiras não são base de cálculo legal para o ICMS.

Portanto, a base de cálculo utilizada pelo Fisco, crédito em conta corrente bancária, não se enquadra nas hipóteses de incidência do ICMS, relacionadas no art. 2º da Lei Complementar 87/96:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O lançamento de créditos em conta corrente não é suficiente para caracterizar a circulação econômica de mercadorias.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 07/11/07, nos termos da Portaria 04/2001, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Lúcia Maria Bizzotto Randazzo (Relatora) e Edvaldo Ferreira, que o julgavam procedente, nos termos do parecer da Auditoria de fls. 519/524. Designado relator o Conselheiro Vander Francisco Costa (Revisor). Conforme art. 139, da CLTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Ofício, ressalvado o disposto no § 5º, art. 137 do mesmo diploma legal. Participaram do julgamento os Conselheiros supramencionados e os signatários.

Sala das Sessões, 13/11/07.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Vander Francisco Costa
Relator/designado

Vfc/ml