

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.522/08/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000156352-69
Impugnação: 40.010121621-83
Impugnante: Ciclo Bike Comércio Ltda
IE: 277874151.00-05
Proc. S. Passivo: Vicente Afonso Gomes Jr./Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO – EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM VALOR INFERIOR AO EFETIVO. Constatadas vendas de mercadorias acobertadas por notas fiscais consignando importâncias notoriamente inferiores aos reais das operações. Infração apurada através do confronto entre as notas fiscais de venda e os relatórios “Inventário de Títulos em Carteira” e “Listagens dos Títulos Registrados em Desconto Comercial” emitidos por instituições bancárias em favor do Contribuinte. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII, da Lei 6763/75. Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Autuação versa sobre a constatação de que a Autuada consignou em documentos fiscais valores da operação e da base de cálculo inferiores ao realmente praticados, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, apurado através do confronto entre as notas fiscais de venda e os relatórios emitido Bradesco (Listagem dos Títulos Registrados em Desconto Comercial) e pela Caixa Econômica Federal (Inventário de Títulos em Carteira) a favor do Contribuinte. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 794 a 819, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 831 a 841.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 847 a 849, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Inicialmente a Impugnante alega que as intimações realizadas pelos agentes fiscais Moacir, no dia 07/09/2006, e Mônica, no dia 14/03/2007, foram recebidas e assinadas por uma pessoa desconhecida. No entanto, o simples confronto da assinatura

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aposta nessas intimações (fls. 84 e 85) com a assinatura constante às fls. 93 e 95 é suficiente para se constatar que elas são do Sr. Walton Francisco Alves, contador da empresa CRC-MG número 18.520.

Além disso, ao contrário do alegado, o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) foi lavrado previamente pela Fiscalização nos termos do Decreto nº 44.443. Ao longo de todo o período em que a empresa foi fiscalizada foram lavrados os AIAF nº 026/2006 de 26/07/2006; 027/2006 de 07/11/2006; 06/2007 de 14/03/2007 e o 17/2007 de 14/08/2007, como pode-se verificar às fls. 83 a 86. Logo, o argumento de que as intimações do AIAF e do presente trabalho fiscal foram realizadas ao mesmo tempo é totalmente infundado.

A Autuada argumenta que o Auto de Infração foi lavrado um ano após o início do trabalho fiscal, fato esse que acarretaria a sua nulidade, ante a violação ao art. 52 da CLTA/MG abaixo transcrito.

Art. 52 - O AIAF ou o auto lavrado na forma do § 1º do art. 51 terá validade por 90 (noventa) dias, prorrogáveis por até igual período mediante ato formal de servidor fiscal, ou, automaticamente, por fatos que evidenciem a continuidade dos trabalhos, desde que justificável em razão da extensão ou complexidade das tarefas de fiscalização.

Parágrafo único - Esgotado o prazo previsto neste artigo, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal. "

Todavia, a legislação em nenhum momento impõe à Fiscalização prazo para concretizar o seu trabalho. O art. 52 somente estabelece que o AIAF, ou seja, o documento utilizado pra comunicar o início do procedimento fiscal, terá validade de 90 dias, prorrogáveis, automaticamente ou por ato formal do servidor fiscal, por até igual período. Esgotado esse prazo, o parágrafo único devolve ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea. Caso o mesmo não exerça o seu direito, isto é, não faça a denúncia espontânea, ensejará a lavratura do Auto de Infração, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal. Portanto, totalmente descabida a argumentação da Autuada.

De acordo com a Impugnante, no dia 26 de julho de 2006 os agentes fiscais dirigiram-se à sede da empresa sob a desculpa de realizarem uma verificação fiscal, oportunidade em que apreenderam alguns documentos. Alega que a diligência e apreensão foram ilegais por infringirem o art. 51 da CLTA/MG.

Ora, no dia em que realizaram a diligência, os agentes fiscais comunicaram a Impugnante sobre o início da ação fiscal através do AIAF número 026/2006, assinado pelo Sr. Marcos Valério Cardoso, sócio-gerente da empresa Ciclo Bike Comércio

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ltda. (assinatura confrontada com a do Contrato Social anexado aos autos às fls. 93) como pode-se verificar às fls. 86. Ademais, lavrou-se também o Termo de Apreensão e Depósito (TAD) número 019361 (vide fl. 87), atendendo ao disposto no inciso II do dispositivo legal supramencionado. Portanto, é evidente que não houve desrespeito algum à lei.

Art. 51 - A autoridade fiscal que proceder ou presidir diligência que inicie medida de fiscalização, para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), em que será documentado o início do procedimento fiscal e serão exigidos, para apresentação imediata, ou no prazo de até 3 (três) dias, a critério da autoridade fiscal, livros, documentos e demais elementos relacionados com a diligência, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada;

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD), no qual será descrito, sumariamente e com clareza, a mercadoria e respectivo valor, o objeto ou o documento, inclusive arquivo magnético, apreendido ..."

Inicialmente, vale salientar que a ação fiscal realizada no estabelecimento do referido contribuinte se desenvolveu da maneira legal, nos moldes previstos na legislação pertinente.

Todos os procedimentos adotados pelos agentes fiscais foram totalmente idôneos e previstos pelos art. 193 e art. 194 do Decreto n.º 43.080/2002 - RICMS/MG, com respaldo no capítulo XIII - Da Fiscalização, da Lei Estadual n.º 6.763/1975 que regulamenta o disposto no art. 194 do CTN - Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172 de 25 de outubro de 1966, atualizado pela Lei Complementar n.º 104 de 10/01/2001.

Destaque, ainda, para o disposto na legislação:

No CTN:

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 exibí-los.
(destaque nosso)

Na Lei 6.763/1975:

Art. 49- A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.
(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º - Para os efeitos da legislação tributária, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº. 13.515, de 7 de abril de 2000, **não tem aplicação qualquer disposição legal excludente ou limitativa:**

I - do direito de examinar mercadoria, livro, arquivo, documento, papel, meio eletrônico, com efeitos comerciais ou fiscais, dos contribuintes do imposto, ou da obrigação destes de exibí-los; *(destaque nosso)*

II - do acesso do funcionário fiscal a local onde deva ser exercida a fiscalização do imposto, condicionada à apresentação de identidade funcional, **sem qualquer outra formalidade.**

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

§ 1º - Na hipótese de recusa de exibição de elemento relacionado nos incisos do caput deste artigo, o agente do Fisco poderá lacrar móvel, equipamento ou depósito em que possivelmente esteja, lavrando termo desse procedimento, sem prejuízo de outras medidas legais, solicitando de imediato à autoridade fiscal a que estiver subordinado as providências necessárias, nos termos de regulamento.

NO RICMS/MG

Art. 190 - As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, papéis e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes **franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.** *(destaque nosso)*

Art. 193- Os livros e os documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição e entrega obrigatórias ao Fisco Estadual, **não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da obrigação de entregá-los ou exhibi-los, ou limitativa do direito de examiná-los,** observado o seguinte:

I - se os livros ou os documentos fiscais não forem exibidos após requisição verbal, a autoridade que os tenha exigido intimará, por escrito, o contribuinte, ou o seu representante, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exibi-los no prazo de até 3 (três) dias, contado da data da intimação; (*destaque nosso*)

(...)

Art. 194- Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer **procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:**

(...)

VII - **exame dos elementos de declaração** ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, **nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis.** (*destaque nosso*)

A afirmação de que a apreensão dos documentos foi ilegal e arbitrária porque não foi lavrado o AIAF para acobertar a verificação fiscal é infundada. Na realidade, de acordo com o art. 202 do RICMS/2002, o procedimento que irá assegurar ao trabalho fiscal lisura e garantia quando da apreensão de mercadorias, documentos fiscais ou extrafiscais é a lavratura do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) e não o AIAF. E esse foi lavrado regularmente como pode-se averiguar às fls. 87.

“Art. 202 - A apreensão será efetuada mediante a lavratura de Auto de Apreensão e Depósito, assinado pelo apreensor, pelo detentor da mercadoria ou do bem apreendidos, ou pelo seu depositário, e, se possível, por 2 (duas) testemunhas.”

Alega a defesa que seria também necessário um mandado judicial para que o agente fiscal tivesse acesso aos documentos da empresa. O artigo 174 da Constituição Federal relaciona as funções do Estado, dentre elas a de fiscalização, ou seja, incumbê-lo verificar a legalidade e legitimidade de atos e fatos praticados por particulares, enquanto responsável pela regularidade e normatividade da economia. Desnecessário, portanto, é o mandado judicial de busca e apreensão para a realização dos trabalhos de fiscalização, em destaque o acesso a informações relativas às operações tributáveis não informadas pelo contribuinte, conforme previsto em Leis Complementar e Ordinárias, acima já destacadas.

O próprio inciso X do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor de Minas Geras mencionado pela Autuada, salienta que é necessário o mandado judicial para permitir a busca em local que não contenha mercadoria ou documento de interesse da fiscalização, o que não se aplica ao presente caso. Os fiscais apreenderam documentos que envolviam direta ou indiretamente interesse tributário e além do mais, na própria sede da empresa.

“Art. 4º - São direitos do contribuinte:

X- a exigência de mandado judicial para permitir busca **em local que não contenha mercadoria ou documento de interesse da fiscalização**, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;...” (*destaque nosso*)

Diante do acima exposto, ficam rejeitadas as arguições de nulidade suscitadas.

Do Mérito

Após o confronto das notas fiscais emitidas pela Autuada com os relatórios de cobrança enviados pelos Bancos Bradesco e Caixa Econômica Federal, constatou-se que, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, a Autuada consignou nos documentos fiscais valores da operação e da base de cálculo inferiores aos realmente praticados, acarretando recolhimento de ICMS a menor, infringindo desta forma o disposto nos art. 16, incisos IX e XIII e art. 13, inciso IV, ambos da Lei Estadual 6763/75, além do art. 43, inciso IV, alínea “a” do RICMS/2002.

Sendo assim, lavrou-se o Auto de Infração para cobrança de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso VII, da Lei 6763/75.

Argumenta a Impugnante que a quebra do sigilo bancário da Ciclo Bike Comércio Ltda. é ilegal, além de ferir o direito constitucional do sigilo de dados.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o conhecimento das operações bancárias pelo Fisco não significa quebra do sigilo bancário. A idéia de quebra está relacionada com a comunicação ou informação prestada a terceiros, de forma ampla, dos dados protegidos. Não há quebra quando as informações são transferidas, por razões juridicamente aceitáveis, com a manutenção do traço sigiloso por parte do novo conhecedor. Assim, quando o Fisco toma conhecimento de informações financeiras dos contribuintes não o faz com o intuito ou com o fim de divulgá-las para terceiros. Pelo contrário, todos os agentes fiscais estão obrigados a resguardar as informações manuseadas sob pena de responsabilidade penal e administrativa.

Em segundo lugar, o procedimento adotado pelo Fisco é previsto no art. 197 do CTN, segundo o qual:

“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”.

Ressalte-se que a Impugnante encontrava-se sob fiscalização, já havendo indícios da infração, posteriormente apurada.

Portanto, não há de se falar em qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no presente caso.

Segundo a Autuada, os agentes fiscais simplesmente emprestaram força probante, diga-se ilegal, aos relatórios enviados pelos Bancos Bradesco e Caixa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Econômica Federal. Nem sequer intimaram a empresa a explicar e comprovar as operações financeiras evidenciadas por esses documentos.

Ora, os dados dos relatórios supracitados (fls. 222 a 625) são claros e auto-explicativos, não havendo necessidade de se intimar o contribuinte a fim de explicá-los. Ademais, após o confronto dos mesmos com as respectivas notas fiscais de saída, assim como dos documentos apreendidos por meio do TAD número 019361 (fls. 87), não restou a menor dúvida da prática do subfaturamento por parte da Impugnante. Tal fato pode ser comprovado através da análise dos seguintes exemplos: nota fiscal número 093618 (fls. 785), emitida a favor de Alexandre Augusto Stiobich - ME, em 26/06/2006, no valor de R\$ 80,23 (oitenta reais e vinte e três centavos) versus duplicata número 093618/11, cujos dados estão discriminados no relatório enviado pelo Banco Bradesco (fls. 602) no qual constam como sacado Alexandre Augusto Stiobich - ME, data desconto 03/07/2006, importância R\$ 1.998,76 (hum mil novecentos e noventa e oito reais e setenta e seis centavos); nota fiscal número 088616 (fls. 750), emitida a favor de Gildene Aparecida Rodrigues, em 14/02/2006, no valor de R\$ 36,78 (trinta e seis reais e setenta e oito centavos) e as duplicatas 088616/45, 088616/55, 088616/15, 088616/25 e 088616/ 35 informadas nos relatórios às fls. 561 e 562, cuja data de desconto é 03/03/06, valores de R\$ 314,96 (trezentos e quatorze reais e noventa e seis centavos) cada uma, exceto a duplicata 088616/55, cujo valor é de R\$ 314,94 (trezentos e quatorze reais e noventa e quatro centavos), sacado Gildene Aparecida Rodrigues.

À vista do exposto no item anterior e após o exame de todas as provas documentais anexadas ao Auto de Infração não há como se afastar a imputação de subfaturamento. Pois bem, somente para elucidar ainda mais esse fato basta analisar as duplicatas apreendidas em seu estabelecimento e as respectivas notas fiscais. Vide duplicatas 094534/13, 094534/23, 094534/33 (fls. 88, 89 e 90) e a Nota Fiscal 094534, fls.191.

Ressalte-se, que diante das provas dos autos, caberia à Impugnante apresentar provas de que os relatórios bancários estavam equivocados. Entretanto, nenhuma prova apresentou, sequer para uma das operações.

Inconformada, a Autuada afirma que não há provas de que as duplicatas correspondam a uma única compra e venda mercantil, com a emissão de uma única nota fiscal e, a fim de elucidar esse fato, cita como exemplo as duplicatas de fls. 188/190 e a nota fiscal de fls. 191 dos autos. O exemplo acima só vem a corroborar a tese de subfaturamento. As duplicatas e a nota fiscal número 094534 possuem o mesmo número, data de emissão, destinatário, divergindo apenas no valor total da mercadoria.

O mesmo pode ser verificado nos demais documentos anexados aos auto às fls.188 a 220.

Assim, totalmente suprimida a alegação de que, com base no disposto no inciso II, do art.112 do Código Tributário Nacional, o Fisco não poderia exigir o ICMS devido à ausência de provas da realidade e veracidade dos relatórios bancários e da abrangência das duplicatas. Os documentos anexados aos autos são claros e suficientes para revestir de segurança a ação fiscal. Não resta a menor dúvida da veracidade dos fatos apresentados nos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alega a Impugnante que a Administração Pública feriu os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade pelo fato de aplicar penalidade nos patamares em que foram exigidas, tornando-as inválidas e ilegítimas. No entanto, o lançamento pelo agente fiscal é ato vinculado, não podendo assim ele deixar de fazê-lo por vontade própria.

Os ensinamentos do renomado administrativista Hely Lopes Meireles, in Direito Administrativo Brasileiro, 3ª Edição, pág. 75, dá uma posição exata do caso em foco, quando trata do PODER/DEVER da autoridade administrativa:

"PODER/DEVER DE AGIR – O poder dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia se uma autoridade pública – um governador, por exemplo – abrisse mão de seus poderes administrativos, deixando de praticar atos de seu dever funcional . . . Daí porque a omissão da autoridade, ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor . . ."

A multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto está prevista na legislação tributária mineira – artigo 56 inciso II da Lei 6763/75 – garantindo que sua aplicação está alicerçada na tipicidade indiscutivelmente necessária em Direito Tributário, sendo multa de caráter punitivo, exigida em função da falta de pagamento do imposto, detectada através de ação fiscal.

O contribuinte questiona também a utilização da taxa Selic a fim de atualizar os valores do crédito tributário, argumentando que a mesma é inconstitucional e ilegal. Segundo ele, o Estado deveria aplicar a taxa de 1% ao mês, conforme preceituado no art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

É importante salientar que o dispositivo citado dispõe que os juros de mora serão calculados à taxa de 1% ao mês *se (grifo nosso)* a lei não dispuser de modo diverso. Todavia, com base no disposto no art. 226 da Lei 6763/75; no § 3º do art. 5º da lei Federal 9430/96; bem como no art. 1º da Resolução número 2880 de 13/10/97 abaixo transcritos, constata-se a legalidade da aplicação da taxa Selic.

Da Lei 6763/75

"**Art. 226** – Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais."

Da Lei 9430/96

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

§ 3º **As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC**, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.”
(destaque nosso)

Da Resolução 2880/97

“Art. 1º - Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, **acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.**
(destaque nosso)

§ 1º - Em nenhuma hipótese a taxa de juros de mora prevista no **caput** poderá ser inferior a 1% (um por cento) ao mês.”

Os demais argumentos trazidos pela Impugnante não são suficientes para ilidir o feito fiscal e fogem à competência desse Conselho.

Portanto, caracterizada a infração apontada, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Vicente Afonso Gomes Jr. e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor) e Cássia Adriana Lima Rodrigues.

Sala das Sessões, 29 de janeiro de 2008.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente

André Barros de Moura
Relator

ABM/EJ