

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.850/10/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000164655-29
Impugnação: 40.010127127-01
Impugnante: Rogesesi Máquinas e Equipamentos para Cerâmicas Ltda
IE: 471083798.00-93
Proc. S. Passivo: Fernanda Marçal Pontes Resende/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - CONTA CAIXA/RECURSOS NÃO COMPROVADOS – Constatou-se, mediante conferência dos lançamentos contábeis na conta “Bancos”, a existência de recursos creditados em conta-corrente bancária de titularidade do Sujeito Passivo, não contabilizados, sem comprovação da origem e sem lastro em documentos fiscais, caracterizando a omissão de receitas que autoriza a presunção legal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75, c/c art. 194, § 3º do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo.

Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, no período de 01/01/08 a 31/12/08, comprovada mediante recebimento de recursos em contas bancárias não contabilizadas em nome da Autuada e sem comprovação efetiva da efetiva origem de tais recursos.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF (fls. 02/05); Auto de Infração - AI (fls. 08/09); DCMM (fls. 10/11); Relatório Fiscal (fls. 06/07); intimações e repostas das agências bancárias localizadas na cidade de Pará de Minas informando movimentação financeira em nome da autuada no ano de 2008 e de um cliente da autuada apresentando comprovantes de pagamentos de operações de compra (fls. 15/22); respostas da Autuada a intimações do Fisco acompanhadas de extratos bancários de movimentação financeira (fls. 23/24 e 33/273); planilhas com a relação de valores recebidos nas cobranças bancárias das contas não contabilizadas (fls. 275/301); Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 303) e livro Diário nº 07 do ano de 2008 (fls. 306/905).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 907/919, acompanhada dos documentos de fls. 921/1.134, alegando resumidamente o que se segue:

Aduz falta de nexo de causalidade entre a hipótese de incidência do ICMS e a presunção de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal em face da constatação de entrada de valores em conta corrente.

Diz que não há como coadunar com o procedimento do Fisco em razão de o fato gerador do ICMS ser a circulação econômica de mercadorias e não receitas auferidas.

Insiste que depósitos bancários não constituem fato gerador do ICMS, pois não caracterizam circulação de mercadorias.

Afirma que o sigilo bancário foi quebrado e é ilegal e fere direito fundamental da proteção de sigilos de dados do investigado, e que para haver a quebra de sigilo bancário/fiscal na atualidade, deverá haver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, sendo certo que tais exames sejam considerados imperiosos e fundamentais pela autoridade administrativa competente.

Alega que a Fiscalização desconsiderou por completo as informações prestadas acerca da movimentação das contas correntes, as quais jamais configuraram forma de receita, e sim, mera movimentação de dinheiro da sociedade com seus consumidores, o que, entende ter prejudicado a ampla defesa e contraditório pleno, pelo que, requer perícia.

Afirma que devido a sua forma de negociação, nem sempre os clientes pagam de forma específica o montante devido, muitas vezes repassando a empresa vários cheques, cheques de terceiros e parte em dinheiro, e que não consegue sequer comprovar da forma requerida pela Fiscalização os valores constantes dos extratos.

Diz que não se trata de contas de recebimento, mas, sim, de contas transitórias de dinheiro, e que todas estas movimentações, ainda que não escrituradas na parte da conta “Bancos”, foram devidamente escrituradas na conta “Caixa”.

Conclui seu entendimento alegando que as multas cobradas têm caráter confiscatório, e para que seja julgada procedente a impugnação.

Pede pela improcedência do lançamento e anulação do Auto de Infração.

A taxa de expediente foi recolhida conforme DAE de fls.1.135.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 1.140/1.144, refuta as alegações da defesa.

Requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria deste Conselho, em parecer de fls. 1.150/1.157, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Do Pedido de Perícia

A Autuada, em sede de Impugnação, solicita realização de prova pericial, sem apresentação de quesitos.

Os autos trazem elementos e informações suficientes de modo a possibilitar ao Julgador aplicar ao caso concreto o tratamento legal e assim decidir quanto ao mérito das exigências fiscais, conforme se demonstrará adiante.

Contudo, cabe ressaltar que o pedido de perícia não foi analisado como tal, uma vez ausentes os quesitos, aplicando-se, assim, o disposto no art. 142, § 1º, inciso I do RPTA/MG, que assim dispõe:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Do Mérito

Conforme relatado, trata o presente lançamento de imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período 01/01/08 a 31/12/08, face à existência de recursos creditados em conta-corrente bancária de titularidade do Sujeito Passivo, cujos valores não foram contabilizados e não possuem comprovação da origem e lastro em documentos fiscais.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Para o cálculo do imposto, o Fisco considerou as saídas desacobertas como operações internas, tributadas pela alíquota de 18% (dezoito por cento), levando-se em consideração a redução da base de cálculo nas operações com máquinas e equipamentos fabricados pela Autuada.

Para tanto, considerou o Fisco a carga tributária média das operações no exercício fiscalizado, apurando-se um percentual de 75% (setenta e cinco por cento) de saídas amparadas pela redução de 51,11% (cinquenta e um vírgula onze por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) de saída integralmente tributadas, conforme exposto no Relatório do Auto de Infração (fls. 6/7 dos autos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em consequência, apurou a Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 com a adequação prevista no § 2º do mesmo artigo, conforme se observa pela análise do Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 303).

O Fisco, no Relatório do Auto de Infração, após análise dos documentos recebidos em atendimento ao AIAF nº 07/09 de 23/09/09, constatou que a Autuada contabilizou em seu livro Diário, no exercício de 2008, uma única conta bancária, ou seja, a Conta nº 12970-4, Agência 1954 do Banco Bradesco S/A, situado no Município de Pará de Minas.

Após as intimações pertinentes, nos termos da legislação vigente, o Fisco recebeu informações da Caixa Econômica Federal e do Banco Itaú S/A, noticiando a existência de 2 (duas) outras contas bancárias cujas operações não foram contabilizadas pela Autuada, bem como de cópia de boleto bancário de cobrança apresentado pela empresa Indústria Química Santa Rita Ltda, indicando a existência de uma conta bancária no Banco do Brasil S/A em nome da Autuada, que, também, não constava dos lançamentos no livro Diário.

Diante da constatação, a Impugnante foi intimada a apresentar os extratos bancários não contabilizados, entregando-os ao Fisco em 18/12/09 e 04/02/10.

De posse dos extratos bancários, a Autoridade Fiscal elaborou as planilhas de fls. 275/301, relacionando a movimentação bancária não contabilizada e, ato contínuo, intimou a Autuada a apresentar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados nas contas não contabilizadas.

Em resposta à primeira intimação, a Autuada apresentou as alegações de fls. 27/28, dando conta de que “não há que se falar em não escrituração”, afirmando que tudo foi devidamente contabilizado, mas que não é possível apresentar a comprovação pormenorizada, pois os mencionados valores são recebidos dos clientes em dinheiro, com cheques de terceiros e cheques pré-datados.

Diante da não comprovação da origem de recursos, o Fisco lançou mão da presunção legal prevista no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75, c/c art. 194, § 3º do RICMS/02, considerando todos os valores creditados nas contas não contabilizadas como provenientes de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

A legislação sobre o assunto assim prescreve:

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

(...)

§ 2º - Aplicam-se subsidiariamente aos contribuintes do ICMS as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais.”

.....

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

(...)

§ 3º - O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertadas de documento fiscal.

Observe-se que a presunção legal em apreço não se restringe aos casos de "saldo credor na conta caixa" ou da existência de "passivo fictício", pois o dispositivo acima autoriza, de forma cristalina, a utilização da presunção quando existirem recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalentes.

Cabe destacar que "a denominada presunção *juris tantum* permite a utilização de prova em contrário para ilidi-la. Portanto, se a legislação admite presunção de veracidade em relação a determinados efeitos provenientes de relação jurídica, também determina, a despeito do ordenamento positivo, de poder produzir prova em contrário, realizando-se o intento de fazer que a lei não incida sobre aquele caso concreto e provando-se que a relação jurídica não existiu, ou seus efeitos não foram aqueles que a legislação teve por presumivelmente apuráveis", conforme ensina a doutrina.

Portanto, poderia a Impugnante ilidir a acusação fiscal através de anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, de que os valores depositados nas contas correntes bancárias se referiam às vendas de mercadorias regularmente realizadas e declaradas ao Fisco ou oriundos de outras receitas da empresa, não tributáveis pelo ICMS, mas tal prova não foi produzida pela empresa.

Como assim não agiu, aplica-se ao caso presente o disposto no art. 136 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto 44.747, de 03 de março de 2008 (equivalente ao art. 110 da então CLTA/MG), *in verbis*:

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Em sua peça defensiva a Autuada argui a falta de nexo de causalidade entre a hipótese de incidência e o fato gerador do ICMS e a presunção lançada pelo Fisco.

Sem razão a defesa, no entanto. Ora, como bem destacou o Fisco, se a atividade da Autuada é a industrialização e comercialização de máquinas e equipamentos, peças e acessórios para uso industrial, as receitas creditadas em seu favor, em quaisquer contas bancárias ou diretamente no caixa, deve, necessariamente, advir dessas operações.

Caso a Impugnante tivesse obtido receita de outra fonte, como capital de terceiros ou prestação de serviços sujeita à tributação pelo Imposto Sobre Serviços –

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ISS, caberia a ela, conforme mencionado acima, apresentar as devidas comprovações, para que o Fisco pudesse aferir os números confrontando-os com os elementos de prova, de modo a elidir a presunção fiscal.

Reclama também a Impugnante quanto à suposta ilegalidade da quebra do sigilo bancário. Com efeito, razão não tem a defesa, pois conforme salientou o Fisco, os extratos bancários não foram entregues pelos estabelecimentos bancários, mas sim pela própria Autuada, cumprindo intimação do Fisco.

Se não bastasse, a prefalada quebra do sigilo bancário foi mitigada com a edição da Lei Complementar nº 105/01. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, assim tem decidido, inclusive nos moldes do recurso representativo de controvérsia, que equivale a uma posição definitiva daquele Tribunal Superior, como no AgRg no REsp 1178058/AM, cuja ementa adiante se transcreve:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CPMF. SIGILO BANCÁRIO. LC 105/2001 E LEI 10.174/2001. USO DE DADOS DE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS PELO FISCO. POSSIBILIDADE. NORMA PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. RECURSO ESPECIAL N.1.134.665 - SP, SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. A LEI N. 4.595/64 REGULAMENTOU O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ESSA LEI AUTORIZAVA A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO TÃO SOMENTE EM RAZÃO DE ORDEM JUDICIAL.

2. A LEI N. 9.311/96 INSTITUIU A CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF. ESPECIFICAMENTE O ARTIGO 11 DESSE DIPLOMA, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL, DISPÔS QUE AS INSTITUIÇÕES RESPONSÁVEIS PELA RETENÇÃO E PELO RECOLHIMENTO PRESTARIAM INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL, VEDADO, CONTUDO, QUE TAIS DADOS FOSSEM UTILIZADOS PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

3. TODAVIA, A LEI N. 10.174/2001, ALTERANDO A REDAÇÃO DO § 3º, DO ARTIGO 11 DA LEI N. 9.311/96, PERMITIU QUE OS DADOS COLHIDOS SERVISSEM DE SUBSTRATO PARA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TENDENTE A VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE CRÉDITOS RELATIVOS A IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES.

4. A JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CONSOLIDOU O ENTENDIMENTO DE QUE AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DA LEI N. 10.174/2001 E 6º DA LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001 SÃO NORMAS PROCEDIMENTAIS E, COM SUPEDÂNEO NO ARTIGO 144, § 1º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, TAIS REGRAS POSSUEM APLICAÇÃO IMEDIATA, AINDA QUE OS FATOS GERADORES TENHAM OCORRIDO EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DESSES DIPLOMAS.

5. ESSE ENTENDIMENTO FOI CONSOLIDADO NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.134.665 - SP, SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS, DE RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX.

6. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Quanto ao mérito propriamente dito, a Impugnante destaca que a movimentação das contas correntes jamais configurou forma de receita, mas que se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

trata de mera movimentação de dinheiro da sociedade com seus “consumidores”, por receber cheques de terceiros, cheques pré-datados e parcelas em dinheiro, afirmando mais uma vez que lhe é impossível individualizar a movimentação financeira em decorrência dessa modalidade de relação comercial.

Destaca, também, que existem provas materiais das contas e que toda a movimentação foi devidamente escriturada na conta “Caixa”, não trazendo, porém, provas consistentes de sua afirmativa.

Para comprovar sua tese de que, muito embora não tenha escriturado a movimentação das contas bancárias, mas que toda a movimentação foi levada à Conta “Caixa”, promove a juntada de parte dos lançamentos na Conta “Caixa” (fls. 933/1.096).

Neste aspecto, a assertiva da defesa não merece maiores comentários, uma vez que, se de fato tais valores foram devidamente contabilizados na Conta “Caixa”, ainda assim, é preciso que se demonstre a origem dos recursos, tanto no ingresso nas contas bancárias, quanto por ocasião da transferência, se é que ocorreu, entre bancos e conta “Caixa”. E esta prova, em nenhum momento foi apresentada, quer nas intimações iniciais, quer por ocasião da peça de defesa.

Analisando os registros contábeis da Autuada, como no mês de janeiro/08 por exemplo, pode-se observar o ingresso na conta “Caixa” de R\$ 330.295,18, sendo que desse montante:

- R\$ 133.277,33 vieram da contrapartida 0011211 (Clientes diversos);
- R\$ 4.115,00 vieram da contrapartida 0011129 (Conta Bradesco – contabilizada;
- R\$ 9.615,00 vieram da contrapartida 0031112 (revenda de mercadorias);
- R\$ 181.662,20 vieram da contrapartida 0031111 (venda de produtos de fabricação própria).

Assim, verifica-se que não há qualquer registro na conta “Caixa” advindo das contas bancárias não contabilizadas e, por isso mesmo, justifica-se a exigência de se comprovar a legitimidade dos ingressos efetuados nas contas bancárias não contabilizadas.

Registre-se, por oportuno, que ao elaborar a planilha de fls. 275/301, o Fisco excluiu, do volume total de recursos, as parcelas relativas a empréstimos, resgate de aplicações e cheques devolvidos, de modo que os demais valores se referem às verbas efetivamente ingressadas nas contas e sem o devido lastro documental.

Nos casos de depósitos em conta, o Fisco lançou na planilha apenas a liberação desses depósitos (LIB DEP BLOQ), evitando, assim, duplicidade de registros.

No tocante aos descontos de títulos, duplicatas e cheques pré-datados, caberia à Impugnante carrear aos autos provas da correta emissão dos documentos fiscais que originaram tais operações. Como não procedeu desta forma, tanto antes como agora, não resta outra saída senão a manutenção das exigências relativas a tais operações.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também nada acrescenta a juntada da Declaração do Imposto de Renda – DIPJ 2009, relativa ao ano calendário 2008. Neste caso, por se tratar de reprodução dos registros contábeis, é evidente que a informação será coerente com o registrado na escrita fisco-contábil da Autuada.

O mero registro contábil do lançamento não se constitui em documento hábil para comprovar o efetivo ingresso de numerários nas contas bancárias e/ou na conta “Caixa”.

No tocante às multas aplicadas, estão elas nos termos da legislação mineira. Com efeito, para os casos de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscal, dispõe o inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 a seguinte penalidade:

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

De acordo com a carga tributária incidente na operação, a penalidade estará sujeita ao ajuste previsto no § 2º do mencionado art. 55, que assim prega:

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não-incidência.

Em face do não recolhimento da obrigação principal ao tempo e modo, incide a penalidade moratória, que busca a recomposição do erário, a denominada Multa de revalidação, prevista no art. 56, II da Lei nº 6763/75, com a seguinte dicção:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Quanto ao aspecto constitucional previsto no art. 150, inciso IV da CF/88, este Conselho não é o foro adequado para discussão, em face do óbice contido no inciso I do art. 110 do RPTA/MG, que assim determina:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, as decisões administrativas mencionadas pela defesa não lhe socorrem, uma vez que, no primeiro caso, existe a previsão expressa na legislação mineira, no sentido de se considerar como saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal quando se constatar qualquer ingresso de receita sem origem. Quanto à segunda decisão, naquele caso comprovou-se a origem dos recursos, situação não aventada no lançamento ora em discussão.

Verifica-se, pois, de todo o acima exposto, que restaram perfeitamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Maria Teresa Lima Lana. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Rodrigo da Silva Ferreira (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 30 de novembro de 2010.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

José Luiz Drumond
Relator