

Acórdão: 3.945/12/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000172314-67
Recurso de Revisão: 40.060132294-64
Recorrente: J & M Jeans Ltda. - EPP
IE: 046470962.00-86
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Maria Terezinha de Carvalho Rocha/Outro(s)
Origem: DFT/Muriaé

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO – NÃO CONHECIMENTO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do RPTA, não se configuram os pressupostos de admissibilidade para suportar o cabimento do recurso. Recurso de Revisão não conhecido. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias sem a emissão da documentação fiscal correspondente, nos termos da presunção legal prevista no art. 49, § 2º da Lei n.º 6.763/75 c/c art. 42, § 1º da Lei Federal n.º 9.430/96 e art. 194, inciso I, § 3º do RICMS/02 com base na existência de recursos de origem não comprovada na conta “Bancos” no período de janeiro de 2006 a junho de 2011.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei n.º 6.763/75.

Da Decisão Recorrida

Apreciando o lançamento a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em sessão realizada em 21 de junho de 2012, em preliminar e à unanimidade, rejeitou as prefaciais arguidas e indeferiu o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, julgou procedente o lançamento. Na oportunidade, pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti.

Esta decisão está consubstanciada no Acórdão 20.839/12/1ª (fls. 425/435).

Do Recurso de Revisão

Inconformada com a decisão a J & M Jeans Ltda, por seus advogados regularmente constituídos, apresenta Recurso de Revisão de fls. 437/453, em síntese, aos fundamentos seguintes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a decisão recorrida diverge de outra decisão do mesmo Conselho sobre a aplicação da legislação tributária quanto ao procedimento de quebra de sigilo bancário para apuração de ilícito tributário e comprovação de existência do fato gerador;

- o acórdão paradigma trata-se de decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuinte de Minas Gerais no PTA n.º 01.000155206-58, publicada em 05 de janeiro de 2008, ou seja, a menos de cinco anos da publicação do acórdão recorrido, cumprindo o requisito previsto no art. 165, inciso I do RPTA;

- neste processo administrativo a autuação versa sobre imposição de tributo e multa isolada com base em depósitos bancários presentes na conta n.º 8.174-4, Ag. 0640-8 do Banco Bradesco, informações obtidas por meio da quebra do sigilo bancário, sendo que o Fisco considerou toda movimentação de entrada de recursos nesta conta como vendas de mercadorias sem emissão de documentação fiscal;

- no Acórdão n.º 17.753/07/2ª, a autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, com aplicação de multa isolada, apurada mediante o confronto entre os valores levados a crédito em conta corrente bancária da empresa (obtidos mediante quebra do sigilo fiscal) e aqueles consignados nas respectivas notas fiscais de venda;

- a semelhança da situação fática dos dois casos salta aos olhos, mas a conclusão das decisões foi bem diversa;

- não obstante tenha fundamentado que a quebra do sigilo bancário se deu antes da extinção do prazo do Termo de Intimação para apresentação dos extratos bancários e, portanto, antes do início da ação fiscal, a Câmara de Julgamento desconsiderou essas alegações e decidiu pela legalidade do procedimento;

- por outro lado, no acórdão paradigma, fundamentado no art. 6º da Lei Complementar n.º 105/01, a quebra do sigilo bancário foi considerada ilegal por não ter sido iniciada a ação fiscal quando foram solicitadas as informações diretamente à instituição bancária destacando que a legislação permissiva da quebra do sigilo bancário exige que a prova seja indispensável para se alcançar o objetivo da fiscalização, o que não se configura no caso;

- a análise dos extratos bancários por meio da quebra de sigilo não é a única prova capaz de se identificar a circulação de mercadorias, sequer é a mais adequada uma vez que apenas prova a entrada de valores na conta bancária da empresa, existindo tantos outros meios de provas capazes de identificar uma operação de compra e venda, mas deixados de lado pelo Fisco em razão da facilidade e comodidade de se limitar em presumir que depósitos em conta bancária correspondem a venda de mercadorias;

- resta evidente o cabimento do presente recurso, visto que decisões de Câmaras diversas do mesmo Conselho de Contribuintes deram interpretação diversa à legislação tributária, tornando-se imprescindível a pacificação do conflito;

- em 1º de julho de 2011 - sexta feira, o Fisco solicitou documentos, sendo que seu prazo teria início na segunda feira – 04 de julho de 2011, mas em 06 de julho de 2011, o Sr. Superintendente Fiscal encaminhou ao Banco Bradesco "Requisição de Informações" sobre operações financeiras;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- é de elementar sabença que, as instituições financeiras só facultam acesso imediato às operações financeiras até 60 (sessenta) dias e que as demais não de ser requisitados e, no prazo máximo de 30 (trinta) dias serão fornecidas;

- teve seu sigilo bancário quebrado antes do encerramento do prazo possível que lhe facultasse cumprir as exigências do Fisco;

- as formalidades da ação fiscal devem obedecer todas as exigências legais, sob pena de nulidade do ato administrativo, sendo que os requisitos estão previsto no Decreto n.º 70.235/72;

- se faz necessária, também, a instrução do processo administrativo com os termos de início e encerramento da fiscalização; todos os relatórios fiscais; a relação de documentos que levaram à autuação; as circunstâncias fáticas e jurídicas que levam o ente fiscal às conclusões expostas no Auto de Infração, etc.;

- cita doutrina e jurisprudência sobre o tema;

- inexistente motivação adequada no procedimento administrativo para lhe imputar penalidade ou omissão de tributo;

- o regular procedimento exige verificação de entradas e de estoques e constatação das saídas, não sendo facultado ao Fisco, ao arrepio da lei, abandonar a verificação de estoques e constatação de saídas, e proceder a tributação pelo arbitramento;

- a ação fiscal é nula, posto que, transgredir princípios básicos do Direito Tributário previstos constitucionalmente, bem como a legislação tributária que regula as imposições fiscais;

- as presunções ancoradas em lei, podem até ser utilizadas para provar fatos, mas não para constituir fatos geradores de tributo;

- o sigilo bancário não pode ser quebrado pela autoridade fiscal nem pelo Ministério Público conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal;

- em hipótese alguma poderiam ser utilizados os documentos tomados neste processo para fixação da base de cálculo, pois estes comprovam apenas a movimentação financeira da empresa;

- por certo, os valores apurados na conta Bradesco tem origem diversificada;

- neste contexto, é certo que, as presunções não possuem caráter absoluto, razão pela qual comprova-se a inconsistência da autuação.

Ao final, considerando que o acórdão recorrido dá interpretação divergente a outro acórdão proferido por este mesmo Conselho de Contribuintes, pede que seja dissipada a divergência e dado provimento ao Recurso de Revisão para cancelar o lançamento com fundamento na ilegalidade dos procedimentos do Fisco.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

Em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 462/464 a Assessoria do CC/MG se manifesta pelo não conhecimento do recurso e, se ao mérito chegar, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Da Preliminar de Cabimento

Inicialmente cumpre analisar a preliminar de cabimento do presente recurso nos termos do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO IX

DO RECURSO DE REVISÃO

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

.....

II - no caso de PTA submetido ao rito ordinário, quando a decisão recorrida seja divergente, quanto à aplicação da legislação tributária, de outra proferida por câmara do Conselho de Contribuintes;

§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

I - a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa à:

a) questão preliminar, exceto a referente à desconsideração do ato ou negócio jurídico;

b) concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal;

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada, pelo órgão julgador, conforme estabelecido em lei.

.....

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA, acima transcrito, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Após análise dos autos e inteiro teor do Acórdão n.º 17.753/07/2ª indicado como divergente, é possível verificar não assistir razão à Recorrente.

A ora Recorrente sustenta que o Acórdão n.º 17.753/07/2ª (cópia às fls. 456/460) trata de situação fática semelhante à dos presentes autos, sendo que ambas as empresas sofreram tributação de ICMS e multa com base, exclusivamente, em depósitos bancários realizados em suas contas, informações obtidas mediante quebra de sigilo bancário, mas as decisões foram diversas nos dois casos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A título de informação cumpre destacar que o Acórdão n.º 17.753/07/2ª foi submetido à apreciação da Câmara Especial, que manteve a decisão da 2ª Câmara de Julgamento, negando provimento ao recurso interposto pela Fazenda Pública Estadual.

Não obstante, merece análise detida os fundamentos que nortearam a decisão consubstanciada no mencionado acórdão apontado como paradigma.

Veja-se o que se extrai do Acórdão 17.753/07/2ª, *in verbis*:

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.

(GRIFOS NÃO CONSTAM DO ORIGINAL)

Verifica-se que tanto o lançamento apreciado pelo acórdão recorrido como aquele que resultou na decisão apresentada como paradigma cuidam de constatação de movimentação financeira em conta bancária não contabilizada na escrita fiscal.

Entretanto, diante da mesma ocorrência fática, no lançamento referente à decisão paradigma presumiu-se que tais valores não contabilizados seriam provenientes de prática de subfaturamento, sendo que no lançamento referente à decisão recorrida utilizou-se da presunção legal (§ 3º do art. 194 do RICMS) de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Este fato fica bastante claro no trecho do acórdão paradigma acima transcrito.

Assim, considerando-se as diferenças dos lançamentos efetivados pelo Fisco, houve conclusões distintas tomadas pelas Câmaras de Julgamento. Ressalte-se, as decisões são distintas, pois as conclusões dos trabalhos fiscais são distintas.

Observando-se os fundamentos de ambas as decisões, verifica-se que o motivo justificador da diferença de conclusão foi exatamente a diferenciação das acusações fiscais, ou seja, a presunção legal se referia somente a saídas desacobertas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(motivo que ensejou a presente autuação ora recorrida), não prevalecendo para subfaturamento (motivo que ensejou a autuação no caso apresentado como paradigma).

Como o pressuposto de cabimento do presente recurso é justamente a existência de decisão divergente quanto à aplicação da legislação tributária sobre a mesma matéria e sob as mesmas circunstâncias, esta situação não restou configurada nos presentes autos, uma vez que as imputações fiscais são distintas em cada um dos processos.

Desta forma, não foi atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no referido dispositivo legal, o que leva ao não conhecimento do recurso.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão por ausência de pressupostos legais de cabimento. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor), Rodrigo da Silva Ferreira, Carlos Alberto Moreira Alves e Ricardo Wagner Lucas Cardoso.

Sala das Sessões, 28 de setembro de 2012.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**