

Acórdão: 14.026/99/1^a
Agravo Retido: 2.473
Impugnação: 45.713
Impugnante: Rações Bandeirantes Ltda
Advogado: José Eustáquio Passarini de Resende
PTA/AI: 01.000008877-21
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Recurso de Agravo – Perícia – Os documentos constantes nos autos constituem elementos bastante para o deslinde da questão. Negado provimento ao Agravo.

Base de Cálculo – Subfaturamento – Documentos extrafiscais – Irregularidade apurada mediante confronto entre valores dos “pedidos” e das notas fiscais. Crédito tributário reformulado. Decisão unânime.

Base de Cálculo – Arbitramento – Percentual de Subfaturamento - Arbitramento amparado em percentual de subfaturamento praticado pela Autuada em outras operações. O procedimento do Fisco não encontra guarida na legislação tributária mineira. Exigências canceladas. Decisão unânime.

Diferimento – Descaracterização – Diversas Irregularidades – Exigências reformuladas. Decisão unânime.

Mercadoria – Entrada, Estoque e Saída Desacobertada – Levantamento Quantitativo - imputação amparada em Levantamento Quantitativo de Mercadorias. Acatadas, em parte, as alegações da Impugnante. Exigência reformulada. Decisão unânime.

Nota Fiscal – Cancelamento Irregular – Inobservância do disposto no art. 201 do RICMS/91. Exigências mantidas. Decisão por maioria de votos.

Mercadoria – Saída Desacobertada – Documentos Extrafiscais – Irregularidade apurada com base em “pedidos” apreendidos pelo Fisco. Acatadas, em parte, as alegações da Impugnante. Decisão unânime.

Mercadoria – Saída Desacobertada – Bonificações – saídas de mercadorias em bonificação, porém sem emissão de notas fiscais (bonificação nos “pedidos”). Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Decisão unânime.

Impugnação parcialmente procedente.

RELATÓRIO

O Auto de Infração supra-identificado foi lavrado para formalizar a exigência de ICMS, MR (100%) e MI (40%, 20% e UPFMG), no valor original de Cr\$ 15.950.110,52 (quinze milhões novecentos e cinquenta mil cento e dez cruzeiros reais e cinquenta e dois centavos), por ter sido constatado, nos exercícios de 1991 a 1993, mediante Verificação Fiscal Analítica e Levantamento Quantitativo de Mercadorias por espécie, as seguintes irregularidades:

Anexo 1) subfaturamento de vendas, apurado pelo confronto de pedidos apreendidos e notas fiscais emitidas, no exercício de 1.993 (fls.13 a 24);

Anexo 2) arbitramento de vendas realizadas, com base na aplicação de percentual de subfaturamento apurado no Anexo 1 (fl.25), no exercício de 1.993;

Anexo 3) saídas de mercadorias tributadas como se diferidas fossem (saídas indevidamente amparadas pelo diferimento- fls.26 a 58);

Anexo 4) entradas, saídas e estoque de mercadorias desacobertas de notas fiscais, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo, período de 27/11/92 a 31/12/92 (fls.59 a 69);

Anexo 5) cancelamento irregular de notas fiscais de vendas (fls.70 a 90);

Anexo 6) saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais, apuradas com base em pedidos apreendidos (fls.91 a 103);

Anexo 7) bonificação em forma de mercadorias sem emissão de notas fiscais (saídas de mercadorias em bonificação, porém sem emissão de notas fiscais – bonificação nos pedidos- fls.104 a 108).

Irresignada com as exigências fiscais a Autuada interpõe, tempestiva e regularmente, a Impugnação de fls.124 a 155 e junta os documentos de fls.156 a 531. Pede a realização de perícia, referente ao Anexo 3, e formula 02 (dois) quesitos (fls.136/137).

O Autuante refutou todos os itens da Impugnação, juntou documentos e reformulou o crédito tributário (fls.533 a 656), resultando no valor de 261.015,32 UFIR (fl. 670), assim discriminado: ICMS 127.205,75; MR 127.205,75; e MI 6.603,82.

A Autuada foi regularmente intimada da reformulação (fls.663/664) e não compareceu aos autos. A DRCT/SRF/Metropolitana aborda outros aspectos da peça fiscal e ratifica a manifestação fiscal (fls.671 a 681).

A Auditoria Fiscal determina Diligência (fl.683). O Fisco atende o solicitado, junta documentos e ratifica o entendimento anterior (fls. 684 a 709). A Autuada é regularmente intimada (fls.710 a 712), porém não se manifesta.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal informa que em razão da aplicação da Lei 12.729/97, o crédito tributário passa a ser 197.412,44 UFIR. A seguir, elabora parecer fundamentado e conclusivo (fls. 714 a 746), junta parecer da DLT/SEF/MG a respeito da interpretação do art. 865 do RICMS/91 (fls. 747 a 757) e conclui pela procedência parcial da Impugnação.

Na sessão do dia 05/05/99, esta Câmara determinou o retorno dos autos à Auditoria Fiscal para que se manifestasse a respeito do pedido de perícia (fl.758). Atendendo a deliberação da Câmara, a Auditoria indefere o pedido de perícia (fl.759). A seguir, a Autuada interpõe Recurso de Agravo (fls. 761/762). A Auditoria Fiscal mantém o entendimento anterior (fls.763/764), ficando o Agravo retido nos autos. Quanto ao mérito, a Auditoria ratifica o parecer de fls.714 a 746.

DECISÃO

O pedido de perícia foi requerido sob a alegação de que a produção de tal prova é necessária para demonstrar a real situação dos destinatários classificados como “micro”, integrantes do Levantamento de Produtos Diferidos do Anexo 3, conforme quesitos de fls. 136/137.

O questionamento da Agravante sobre a condição de microprodutores rurais das pessoas jurídicas incluídas no levantamento fiscal foi objeto de diligência determinada pela Auditoria Fiscal (fl.683). Diante da não comprovação pelo Fisco de que tais empresas estivessem enquadradas como microprodutores, a Auditoria propôs a exclusão das notas fiscais relacionadas com tal situação, conforme esclarecimentos e demonstrativos constantes do parecer de fls. 728/729. Em sendo assim, foi produzida a prova pretendida pela ora Agravante.

Quanto a questão levantada pela Agravante a respeito da possível perda da condição de microempresa e microprodutor, para os quais foram emitidas notas fiscais com diferimento do imposto, os próprios documentos juntados aos autos (fls.573 a 641) fornecem as informações requeridas pela Agravante, pois referem-se a consultas feitas ao Sistema de Contribuintes da SEF/MG, relativas aos dados cadastrais (atualizados) de todas as empresas que compuseram o Anexo 3 do levantamento fiscal, emitidas à época da fiscalização (novembro/93). Saliente-se, também, que os dados ali contidos não deixam dúvidas de que os destinatários são microempresas e microprodutores.

Acrescente-se, ainda, que a Impugnante foi regularmente intimada a manifestar-se a respeito dos documentos juntados aos autos após a Impugnação e deixou transcorrer **in albis** todos os prazos.

Pelas razões supra-aduzidas, verifica-se que constam dos autos os elementos necessários ao deslinde da questão, devendo, em razão disso, ser negado provimento ao Recurso de Agravo.

No mérito, as imputações fiscais devem ser analisadas da seguinte forma:

Anexo 1 - Subfaturamento apurado no confronto dos pedidos apreendidos e notas fiscais emitidas.

A Impugnante alega que o procedimento utilizado por ela deveu-se exclusivamente por razões de sobrevivência comercial, em função da lei de mercado e de idêntico comportamento de seus concorrentes. A seguir, aponta, em 19 itens, os equívocos cometidos pelo Fisco.

O Fisco acata parte das alegações e refuta as demais.

A Auditoria Fiscal também analisou todos os 19 itens, concordando com a Impugnante em outros itens além daqueles já acatados pelo Fisco. O posicionamento da Auditoria abordou de forma pormenorizada todos os aspectos de fato e de direito desta imputação, razão pela qual o inteiro teor do parecer de fls. 718 a 722, que resultou na reformulação dos cálculos consolidados à fl.723, deve ser considerado como integrante das razões desta decisão.

Anexo 2 - Arbitramento de vendas realizadas com base na aplicação de percentual de subfaturamento apurado no Anexo 1 (fl.25).

A Impugnante alega que a exigência relativa a esse Anexo é astronômica e o procedimento utilizado pelo Fisco é totalmente frágil, pois deveria ser utilizado somente no caso de extrema necessidade, tanto é que a figura do arbitramento foi colocada no RICMS sob a forma de parágrafo (art. 838, § 4º do RICMS/91).

Acresce que o arbitramento é previsto somente para os casos de saída sem nota fiscal, não sendo este o caso dos autos. Além do mais, a sua utilização está submetida a vários critérios e parâmetros (art. 838, § 5º e art. 79, do RICMS/91), não tendo o Fisco, porém, observado nenhum deles e, portanto, o feito está amparado apenas em presunção.

Frisa que, “ou prova-se inquestionavelmente o subfaturamento ou não se formaliza a exigência.” Os pedidos apreendidos são a prova cabal do subfaturamento, não podendo prevalecer, então, a imaginação do Fisco.

Questiona, ainda, se não estariam contidas neste Anexo 2 as exigências consubstanciadas nos Anexos 6 e 7, já que, dentro da abrangência do arbitramento, o Fisco pretendeu alcançar a globalidade das operações da Autuada.

Ressalta que a exigência relativa ao arbitramento representa mais de 50% da autuação, ferindo o princípio da capacidade econômica da contribuinte, desenhado no § 1º do art. 145 da CF. Diante disso, pede o cancelamento da exigência contida no Anexo 2.

O Fisco esclarece que o arbitramento abrangeu somente o período em que ficou comprovado que a Autuada não emitia documentos constando os valores verdadeiros de suas vendas. Cita os artigos 148 e 51 da Lei n.º 6.763/75, bem como os artigos 78 e 838, § 4º do RICMS/91, concluindo que restou por demais evidenciado nos Anexos 1 e 6, que a Autuada praticava sistematicamente o subfaturamento e a venda

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sem nota fiscal, sendo plenamente aceitável o arbitramento, nos termos dos mencionados dispositivos.

Transcreve, à fl. 536, trecho doutrinário, procurando demonstrar que seu procedimento é racional e lógico, à medida em que foram considerados os valores tributáveis lançados no livro Registro de Saídas; os valores das notas fiscais relacionadas no Anexo 1; o índice de subfaturamento apurado no confronto do valor dos pedidos e notas fiscais de seus subfaturamentos, mês a mês, contido no Anexo 1 e aplicação desse índice percentual às vendas apuradas e cujos pedidos foram extraviados pela Autuada, chegando-se, assim à base de cálculo do subfaturamento.

Salienta, ainda, que o Fisco teve o cuidado de listar apenas os meses em que ficou comprovado o subfaturamento de vendas, ou seja, fev. a julho de 1.993.

Assevera que a situação da empresa não deixa a menor dúvida de que o arbitramento é totalmente legítimo, pois, conforme se depreende dos pedidos apreendidos e confrontados com as notas fiscais emitidas, a Autuada praticou sistematicamente o subfaturamento, durante os seis meses fiscalizados, podendo-se concluir daí que existia, também, subfaturamento em relação às notas fiscais que não tiveram nelas acasalados os respectivos pedidos de vendas.

A Auditoria Fiscal, no parecer de fls.725/726, ratifica o procedimento do Fisco.

A imputação contida neste item refere-se a vendas realizadas com emissão de notas fiscais e que não foram incluídas no Anexo 1 porque o Fisco não encontrou os pedidos referente a tais operações.

O Fisco adotou, como parâmetro para fins de arbitramento, os **percentuais de subfaturamento praticados pela Impugnante, conforme apurado no Anexo 1**, ou seja, aqueles constantes à fl.25 (variando de 73,82% a 167,93%), apurando, assim, a base de cálculo e aplicando sobre tais valores a alíquota de 18% a título de ICMS, exigindo, ainda, MR e MI (40%).

O procedimento do Fisco não encontra guarida na legislação tributária mineira, pois, no caso dos autos, o subfaturamento deveria ser comprovado em cada operação, o que foi feito apenas no Anexo 1.

Também não pode ser acatado o argumento do Fisco de que “... a Autuada praticou sistematicamente o subfaturamento”, pois tais precedentes não autorizam a presunção de que todas as demais vendas foram subfaturadas, não podendo, por conseguinte, ser admitido o arbitramento ora em discussão.

As alegações da defesa constantes às fls. 152 a 155 devem ser consideradas integrantes da motivação desta decisão.

Pelas razões supra-aduzidas, devem ser canceladas as exigências do Anexo 2.

Anexo 3 - Saídas de mercadorias tributadas como se diferidas fossem.

A Impugnante alega que o Fisco considerou, erroneamente, como microprodutores rurais diversas pessoas jurídicas, conforme relação de fls. 213 a 215, contrariando o disposto no art. 2º da Lei 9061/85 e atual Lei 10.992/92. Ressalta que são elementos essenciais para caracterização de microprodutor a qualidade de pessoa física e o exercício exclusivo da atividade de produtor. Há, portanto, impedimento legal para a consideração das pessoas jurídicas destinatárias como microprodutores. Nesse sentido, alega que não cabe a ela fazer qualquer prova, sendo de inteira responsabilidade do Fisco averiguar se tais pessoas foram enquadradas indevidamente como microprodutores.

Pede que sejam excluídos do levantamento os valores demonstrados no Quadro A (fls. 213/215), prevalecendo o diferimento em relação às operações com as empresas ali indicadas. Questiona, ainda, a aplicação dos seguintes dispositivos legais: Lei 10.992/92; art. 19, VI, do RICMS/91; art. 71,XX, “c”, do RICMS/91. Apresenta quadros demonstrativos dos valores a serem excluídos, esclarecendo, às fls. 133/134, o procedimento por ela adotado para a apuração das diferenças.

O Fisco esclarece que, para listar as empresas constantes desse Anexo, foram analisadas as notas fiscais, uma a uma, comprovando-se a condição de todas elas, conforme se vê nas relações de fls. 28 a 58. Diz que o levantamento baseou-se no art. 31 do RICMS/91 e, quanto à redução da base de cálculo, acata as ponderações da Impugnante, sendo refeitos os cálculos, conforme quadro demonstrativo de fl. 540.

A Auditoria determinou a Diligência de fl. 683 e o Fisco juntou os documentos de fls. 685 a 706. A Impugnante, embora regularmente intimada, não compareceu aos autos.

A instrução e saneamento exercidos pela Auditoria Fiscal no caso deste Anexo, bem como a reformulação dos cálculos, conforme demonstrado à fl. 729, não merece reparos desta Câmara, razão pela qual o inteiro teor do parecer de fls. 728/729 deve ser considerado como integrante dos fundamentos desta decisão.

Anexo 4 - Levantamento Quantitativo de Mercadorias, período de 27/11/92 a 31/12/92.

Quanto a este anexo, a Impugnante divide a defesa em 03 itens: 1) quanto às saídas desacobertadas de documento fiscal, aponta 05 equívocos contidos nas alíneas “a” a “e”; 2) no que tange ao estoque desacobertado, pede a redução da base de cálculo a 50%; 3) pede o cancelamento da MI aplicada em decorrência das entradas desacobertadas.

O Fisco manifesta-se da seguinte forma: 1) acata parte das alegações da Autuada, admite equívocos e pede a manutenção do remanescente; 2) diz que, face o disposto no art. 865 do RICMS/91, não pode ser reduzida a base de cálculo.

As alegações da Impugnante contidas nos itens 1 e 2 devem ser parcialmente acatadas pelas razões contidas no parecer da Auditoria Fiscal de fls. 731 a 733, resultando nas reformulações demonstradas às fls. supracitadas.

Quanto ao pedido contido no item 3, o cancelamento é uma faculdade da Câmara que, no caso dos autos, encontra limitações no disposto no item 3 do § 1º do art. 856 do RICMS/91.

Anexo 5 - Cancelamento irregular de notas fiscais.

A Impugnante alega que algumas notas fiscais devem ser excluídas do levantamento feito pelo Fisco, pelos motivos que menciona (cita diversas notas fiscais – itens 1 a 9). Apresenta à fl. 143, o resumo das notas fiscais que entende incluídas incorretamente. Pede a reformulação das exigências.

O Fisco cita o art. 201 do RICMS/91 e ressalta o disposto no § 2º do referido artigo. A seguir, contesta todas as notas fiscais elencadas e pede a manutenção das exigências.

Pela análise das notas fiscais mencionadas nos autos (fls.71 a 90), bem como das razões e contra-razões das partes, verifica-se que não foram observadas as normas pertinentes, ou seja, aquelas constantes no “caput” e §§ do art. 201 do RICMS/91, devendo, por conseguinte, serem integralmente mantidas as exigências.

A Auditoria Fiscal, no parecer de fls. 734/735, abordou de forma pormenorizada todos os aspectos de fato e de direito desta questão, motivo pelo qual o inteiro teor do parecer mencionado deve ser considerado como integrante das razões desta decisão.

Anexo 6 - Saídas de mercadorias sem documentação fiscal, apuradas mediante o confronto das notas fiscais emitidas com os pedidos apreendidos.

A Impugnante afirma que a simples emissão de um pedido não é prova concreta da efetiva realização do negócio. Com isso, procura demonstrar que a fiscalização cometeu alguns equívocos, os quais demonstra, por meio dos Quadros “A” a “D”, elaborados por ela (fls. : 298/299, 370, 393/394 e 439/440).

Relativamente à Multa Isolada de 40%, alega que não poderia ser aplicada nesse percentual, pois a infração foi apurada com base nos documentos do contribuinte, ou seja, nos pedidos, devendo ser aplicada, no caso, a MI de 20%, nos termos do art. 859, II, “a” do RICMS/91.

O Fisco concorda com parte das alegações e reformula os valores da exigência (fl.544).

A Auditoria Fiscal analisou pormenorizadamente os Quadros “A” a “D”, bem como a questão da Multa Isolada, e propôs a reformulação do crédito tributário, conforme demonstrado à fl. 742. Esta Câmara acata integralmente o parecer da Auditoria Fiscal e considera o inteiro teor do parecer de fls. 740 a 742 como integrante das razões desta decisão.

Anexo 7 - Bonificação em forma de mercadorias sem emissão de notas fiscais.

A Impugnante afirma que relativamente aos meses de março e maio/93, não há qualquer reparo a fazer. Questiona, porém, as exigências referentes aos meses de junho e julho/93, apontando equívocos cometidos pelo Fisco. Pede, ainda, a redução da MI de 40 para 20%.

O Fisco não acata as argumentações da Impugnante sob a alegação de que tal pretensão contraria o disposto nos arts. 74-II- e 78, ambos do RICMS/91. Admite, no entanto, equívoco relativo ao mês 07/93. Em razão disso, apresenta à fl. 545, os novos valores que entende devidos.

Também em relação a este Anexo, a Auditoria Fiscal enfrentou os aspectos de fato e de direito pertinentes à questão, concordando, ao final, com a reformulação feita pelo Fisco à fl.545. A própria Impugnante admite parte das irregularidades. Esta Câmara acata integralmente a manifestação da Auditoria e considera o inteiro teor do parecer de fls. 745/746 como integrante da fundamentação desta decisão.

Finalmente, faz-se necessário, por questão de justiça, ressaltar as participações do Fisco, Impugnante e Auditoria Fiscal neste PTA.

O trabalho fiscal exigiu muita dedicação dos Autuantes, principalmente em razão do volume de documentos acostados aos autos.

A defesa, dentro das limitações que a prova dos autos lhe impunha, foi valente, detalhada, convincente, forçando o Fisco aos reparos necessários.

A Auditoria Fiscal exerceu com brilhantismo o árduo trabalho de saneamento e instrução. Brilhou também quando da elaboração do parecer de 30 (trinta) laudas, pela sua pormenorização sem prejuízo da síntese exigida nessas ocasiões. Demonstrou aritmeticamente os valores que entendia corretos e proporcionou a esta Câmara análise segura dos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por unanimidade, negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, por maioria de votos, julgar parcialmente procedente a Impugnação nos termos do parecer da Auditoria Fiscal, exceto no tocante às exigências referentes ao Anexo 2 que devem ser integralmente canceladas. Vencido, no tocante ao Anexo 5, o Conselheiro Luiz Fernando de Castro Trópia que cancelava tal exigência. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Luiz Fernando de Castro Trópia.

Sala das Sessões, 16/11/99

Ênio Pereira da Silva
Presidente

Itamar Peixoto de Melo
Relator