

Acórdão: 15.762/02/3^a
Impugnação: 40.010108047-31
Impugnante: Viabrasil Comércio e Indústria Ltda
Proc. S. Passivo: Juliana Mendes Guimarães Pinto/Outros
PTA/AI: 01.000140109-91
Inscrição Estadual: 062.727100.0053
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES – ISENÇÃO - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado aproveitamento de créditos do imposto em desacordo com a legislação pertinente, tornando legítimos os estornos promovidos pelo Fisco. Infrações plenamente caracterizadas. Exigências reconhecidas, em parte, pela Autuada, tendo promovido o respectivo recolhimento.

EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - APLICAÇÃO INCORRETA DE ALÍQUOTA DE ICMS E/OU FALTA DE TRIBUTAÇÃO DE SAÍDAS – Mediante a análise de Fitas-Detalhe, constatou-se que a Autuada promoveu a aplicação incorreta de alíquotas sobre operações de saída ou deixou de tributar as saídas de mercadorias normalmente alcançadas pela tributação do ICMS. Legítimas as exigências fiscais, as quais foram reconhecidas e recolhidas integralmente pela Autuada.

BASE DE CÁLCULO – VENDAS A PRAZO – NÃO INCLUSÃO DE ENCARGOS FINANCEIROS. A Impugnante não incluiu na base de cálculo do ICMS os encargos financeiros cobrados sobre vendas a prazo, em desacordo com o inciso I, artigo 50, RICMS/96. Infração plenamente caracterizada.

EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - APLICAÇÃO INCORRETA DE ALÍQUOTA DE ICMS E/OU FALTA DE TRIBUTAÇÃO DE SAÍDAS. Aplicando-se os índices extraídos do levantamento realizado referente ao item 2 do Auto de Infração, cujos valores integrais foram reconhecidos e recolhidos pela Autuada, sobre os valores de saída consignados nos demais cupons fiscais não analisados, dentro do mesmo período fiscalizado, o Fisco apurou o imposto suprimido dos cofres públicos. A metodologia utilizada é idônea, viabiliza o lançamento e admite prova em contrário, que não foi produzida pela Impugnante. Corretas as exigências fiscais.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre:

- 1) Apropriação indevida de créditos de ICMS no período de janeiro a dezembro de 2.000, cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo, isentas ou cujas operações já apresentavam retenção do imposto por substituição tributária;
- 2) Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, apurada mediante conferência de fitas detalhe, no período de janeiro a dezembro de 2.000;
- 3) Falta de tributação de valores recebidos a título de juros incidentes sobre vendas realizadas, no período de janeiro a dezembro de 2.000;
- 4) Recolhimento a menor do ICMS acarretado pela utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, no exercício de 2.000, apurada mediante aplicação de índices técnicos sobre o valor das vendas por meio de cupom fiscal emitidos por ECF, e demonstrados no Levantamento constante do item 2.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 1534/1552, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1584/1591.

A Autuada reconhece como pertinente parte dos estornos procedidos pelo Fisco (substituição tributária), referente ao item 1 do Auto de Infração, e integralmente o item 2, procedendo ao recolhimento respectivo, conforme DAE de fls. 1576.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1610/1626, opina pela procedência do Lançamento.

Em Sessão de Julgamento de 27 de novembro de 2002, a 3ª Câmara delibera pela retirada de pauta do processo, marcando-se julgamento, "extra pauta", para o dia 5 de dezembro de 2002.

DECISÃO

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, no qual foram abordados todos os aspectos pertinentes ao lançamento em questão, incluindo aqueles impugnados pela Autuada em sua peça de defesa, respeitando-se o Princípio da Verdade Real, abaixo transcreve-se o mesmo, corporificando, assim, os fundamentos da decisão.

"Informa-se que o pedido de prova pericial formulado pela Impugnante, não foi apreciado em virtude de não atender os requisitos constantes do art. 98, inciso III da CLTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante pede a reunião do presente PTA ao PTA 01.000137715.81, no entanto tal pedido não pode ser acatado, uma vez que o PTA 01.000137715.81 já foi julgado pela 3ª Câmara de Julgamento, conforme Acórdão n.º 15.215/01/3ª.

A Impugnante foi autuada, face às diversas irregularidades descritas no Auto de Infração, as quais serão analisadas em seguida:

1) Apropriação indevida de crédito de ICMS no período de janeiro a dezembro de 2.000, conforme demonstrado no Anexo I:

A fiscalização constatou que a Autuada apropriou indevidamente os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais relacionadas no Anexo I, doc. fls. 12/35, referentes a entradas de mercadorias cujas saídas são beneficiadas com redução da base de cálculo, com isenção ou de mercadorias sujeitas a substituição tributária, conforme descrito no Relatório de fls. 09.

A Autuada adquiriu mercadorias (peixe, óleo, carne, leite, fubá, farinha de trigo, manteiga, café, mistura preparada, farinha de trigo e frango), cujas saídas foram beneficiadas com redução de base de cálculo, conforme item 23 do Anexo IV do RICMS/96.

O § 1º do art. 70 do RICMS/96, que recepcionou o § 1º do art. 31 da Lei n.º 6.763/75, preceitua que *“salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou prestação subsequente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada”*.

A Autuada não promoveu o estorno conforme determina a legislação retro mencionada.

Consoante o art. 71, inciso I do RICMS/96 c/c o art. 74 do mesmo Regulamento, o contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento vier a ser objeto de operação subsequente não-tributada ou isenta, no mesmo período da saída da mercadoria ou bem, providência não tomada pela Autuada.

A legislação mineira também veda o aproveitamento de imposto quando a operação ou prestação subsequente, com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante, deva ocorrer com isenção ou não-incidência (art. 31, inciso II da Lei n.º 6.763/75 e art. 70, inciso II do RICMS/96).

A saída, em operação interna, de leite pasteurizado tipo "C", reconstituído ou não, promovida pela Autuada, estabelecimento varejista, com destino a consumidor final tem o benefício da isenção do ICMS, nos termos do item 16 do Anexo I do RICMS/96.

Dessa forma, então Autuada deveria ter promovido o estorno do crédito, relativo à entrada do Leite C, uma vez que a sua saída está beneficiada com a isenção

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do imposto, conforme o disposto no art. 222 do Anexo IX do RICMS/96 e art. 71, inciso I do mesmo diploma legal.

Tal procedimento contraria o disposto no parágrafo único do art. 68 do RICMS/96 que assim dispõe: “*se o imposto destacado no documento fiscal for inferior ao devido, o valor a ser abatido corresponderá ao do destaque, ficando assegurado o abatimento da diferença, desde que feito com base em documento fiscal complementar emitido pelo alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador do serviço*”.

Verifica-se, então, que o estorno dos créditos relativamente às operações cuja saída subsequente seja beneficiada com redução de base de cálculo, isenção ou alíquota diferenciada, conforme procedido pelo Fisco, está em conformidade com a legislação tributária estadual.

Por ter a Autuada apropriado crédito do imposto destacado em nota fiscal referente a mercadoria sujeita a substituição tributária, o Fisco promoveu a glosa desses créditos, face as disposições contidas no art. 21, art. 26, II, “a” e art. 27, todos do RICMS/96.

A Autuada concordou com as exigências fiscais relativas a essa irregularidade, promovendo o seu recolhimento, conforme informação no documento de fls. 1.533 e Termo de Autodenúncia ou de Reconhecimento de Débito, fls. 1.519.

No que concerne às questões constitucionais argüidas pela Impugnante, ressaltamos a limitação de competência estatuída no art. 88, I, da CLTA/MG. Por outro lado, a instauração do contencioso administrativo fiscal não veda o acesso do contribuinte ao Poder Judiciário, este sim o foro competente para apreciar questões de ordem constitucional, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

Ademais, conforme ressaltou a fiscalização “*o princípio da não-cumulatividade do imposto é aplicado, excetuando os casos previstos na legislação, inclusive na Constituição Federal que veda o aproveitamento do ICMS pago nas etapas anteriores ou determina o estorno do crédito, quando já tiver sido apropriado*”.

Como informa o Fisco, a Autuada já demonstrou a legitimidade do estorno de tais créditos, face o recolhimento integral de idêntica exigência fiscal descrita no item 1 do Auto de Infração 01.000138842.96, de sua responsabilidade, conforme mencionado no Acórdão 15.650/02/1ª.

Os argumentos apresentados pela Impugnante relativos a aproveitamento de crédito relativo a aquisição de materiais de uso e consumo e destinados ao ativo permanente, bem como de crédito relacionados ao recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento, não merecem prosperar, eis que tais irregularidades não foram objeto da autuação, conforme consta do relatório do Auto de Infração em tela.

Tendo em vista que o estorno dos créditos resultou em recolhimento a menor do ICMS, apurado na recomposição da conta gráfica, doc. fls. 1.882, legítimas as exigências fiscais.

2) Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, apurada mediante conferência de fitas detalhe, no período de janeiro a dezembro de 2.000, conforme demonstrado no Anexo II:

A Autuada reconheceu como legítima essa exigência, haja vista que efetuou o recolhimento das exigências a ela relativa, conforme informação a fls. 1.533, Termo de Autodenúncia e Reconhecimento de Débito, doc. fls. 1.519, e Documento de Arrecadação Estadual – DAE, fls. 1.576.

Sendo assim, não há mais discussão a respeito da referida exigência.

3) Falta de tributação de valores recebidos a título de juros incidentes sobre vendas realizadas, no período de janeiro a dezembro de 2.000, conforme demonstrado no Anexo III:

O Fisco constatou que a Autuada não incorporou na base de cálculo do ICMS os juros cobrados de seus clientes nas vendas a prazo com financiamento próprio. Sobre os valores apurados exigiu-se o ICMS e a Multa de Revalidação correspondente.

Os registros procedidos pela Autuada no Razão Analítico comprovam o recebimento de juros pelas vendas a prazo, haja vista os lançamentos “juros s/ vendas” e “juros de prorrogação de cheque tartaruga”, conforme fls. 172/231.

Os juros financeiros recebidos pelo Contribuinte do ICMS, em consequência de financiamentos concedidos a seus clientes, devem ser tributados, como prevê o artigo 50, inciso I do RICMS/96, adiante transcrito, que recepcionou o art. 13, § 2º, item 1, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75:

“Art. 50 – Integram a base de cálculo do imposto:

I – nas operações:

a – todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como frete, seguro, juro, acréscimo ou outra despesa”.

A legislação tributária determina, expressamente, que as despesas financeiras auferidas pelo contribuinte integram a base de cálculo do ICMS.

O Fisco calculou a alíquota média de cada mês, com base nas operações realizadas em cada período, conforme Anexo III, fls. 50.

Utilizando as alíquotas médias, o Fisco calculou o ICMS devido relativo aos juros cobrados em cada período, conforme 2º quadro do Anexo III, fls. 50.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entende-se correto tal procedimento, tendo em vista a impossibilidade de determinação sobre quais operações incidiram os juros.

O Fisco nada exige em relação a valores cobrados por agentes financeiros, mas tão-somente em relação àqueles auferidos pela Autuada.

A Impugnante admite que exigiu juros dos seus clientes nas vendas a prazo, no entanto entende que o ICMS só poderia incidir sobre valores que integram a operação de compra e que nas vendas financiadas ou a prazo a diferença acrescida cobre simplesmente o custo do dinheiro, sendo uma operação de crédito completamente desvinculada da operação mercantil.

Diz que deve incidir sobre os juros relativos às vendas a prazo o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e não o ICMS, acrescentando que houve uma invasão de competência por parte do Estado, ferindo, por isso, o princípio da reserva das competências impositivas.

Conforme observado pela fiscalização, a Impugnante tenta desqualificar-se da condição de empresa comercial, ramo hipermercado, com atividade única de vendas de mercadorias, e enquadrar-se como instituição financeira envolvida em operações de crédito, o que não encontra amparo legal.

Como advertiu a fiscalização, “a empresa para praticar operações de concessão de créditos, financiamento etc., terá primeiramente que se regularizar perante órgãos como o Banco Central, Receita Federal e afins, na qualidade de instituição financeira”.

Somente no caso dos acréscimos cobrados nas vendas a prazo serem financiados por agente financeiro para isso credenciado, mediante contrato firmado entre as partes e, se integralmente auferidos pela instituição financeira, tal quantia deixará de ser tributada pelo ICMS, eis que, como operação de crédito, passa a ser objeto de tributação pelo IOF, hipótese esta não caracterizada nos autos.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça descrita às fls.1.5455/1.547, não se aplicam ao presente caso, eis que os juros cobrados pela empresa e que motivaram a exigência não são oriundos de operações de financiamentos concedidos por Instituições Financeiras, nem tão pouco de vendas mediante Cartão de Crédito.

Aliás, conforme Lei 5.474/1.968, vendas com prazo de 30 dias são consideradas vendas a vista.

Portanto, configurada como está a infração, e legalmente enquadrada, a exigências do imposto respectiva Multa de Revalidação devem ser mantidas.

Quanto as arguições de desrespeito às normas constitucionais, lembramos que não se inclui na competência do CC/MG, a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, nos termos do artigo 88, inciso I, da CLTA/MG.

4) Recolhimento a menor do ICMS acarretado pela utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, no exercício de 2.000, apurada mediante aplicação de índices técnicos sobre o valor das vendas por meio de cupom fiscal emitidos por ECF, e demonstrados no Levantamento constante do Anexo II, conforme evidenciado no Anexo IV:

Ao conferir as fitas detalhes dos meses de janeiro a dezembro de 2.000, a fiscalização verificou que a Autuada utilizou incorretamente alíquotas do imposto e/ou não tributou saídas promovidas por meio de cupom fiscal, conforme demonstrado no Anexo II, doc. fls. 36/49.

No Anexo II do trabalho fiscal (item 2) o Fisco analisou, por amostragem, em todos os meses de 2.000, cupons fiscais relativos às vendas realizadas e constatou que a Autuada utilizou incorretamente alíquotas do ICMS ou deixou de tributar saídas promovidas.

Os valores apurados pelo Fisco e consubstanciados no Anexo II são reais, foram extraídos dos cupons fiscais emitidos pela Autuada através dos ECF (Equipamento Emissor de Cupom Fiscal). Não representam a totalidade das operações praticadas no período, posto que o Anexo II decorre da amostragem realizada em aproximadamente 500 fitas detalhe que contêm dezenas de milhares de cupons fiscais e centenas de milhares de operações de venda.

A planilha contida no Anexo II é o espelho fiel do tratamento tributário dado àqueles produtos vendidos, no que se refere à classificação fiscal para fins de tributação ou não das mercadorias, como também no que se refere à alíquota aplicada a cada produto em confrontação com aquelas previstas na legislação.

Ao conferir as fitas detalhes emitidas pela Autuada, o Fisco constatou inúmeras operações de saídas que ocorreram sem a devida tributação por terem, as respectivas mercadorias, sido cadastradas indevidamente no ECF como isentas, não-tributadas, substituição tributária ou com alíquotas menores que as previstas na legislação para a respectiva operação.

A fiscalização exigiu o valor do ICMS correspondente a diferença não levada a tributação, conforme valor totalizado a fls. 48.

No trabalho fiscal não foram analisadas, devido à grande quantidade de operações, aquelas tributadas pela Impugnante com a alíquotas de 18%.

Conforme já descrito, anteriormente, a Impugnante reconheceu as exigências fiscais demonstradas no Anexo II, promovendo o seu recolhimento, conforme DAE de fls. 1.576. Desse modo, evidencia que as diferenças apuradas estão corretas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com base nos índices apurados no Anexo II o Fisco elaborou o Anexo IV (fls. 51/52), ou seja, utilizou os dados reais contidos nas fitas detalhes emitidas pela Autuada, apurou os respectivos índices para aplicação nos montantes mensais das saídas através de ECF e conseqüentemente, apurou o valor da base de cálculo não levada a tributação e o ICMS devido.

Os índices foram obtidos pela confrontação das bases de cálculo apuradas com o valor total do Cupom (vide Anexo II).

Verifica-se que o Fisco apurou o percentual não levado a tributação relativamente à base de cálculo das operações mencionadas nos cupons fiscais analisados.

Tomando-se, como exemplo, o mês de janeiro/00, verifica-se que 4,35% da base de cálculo do valor dos cupons analisados foram tributados indevidamente com alíquota de 12%, quando o correto seria 18%. Temos, ainda, que 0,11% das operações tributadas a 7% não foram tributadas; 2,49% tributadas a 18%, foram tributadas a 7%; 0,53% não tributadas, são tributadas a 12%; 7,9% das operações tidas como não tributadas, são tributadas a 18%; 0,14% das operações não levadas a tributação, são tributadas a 25% e 0,05% tributadas a 25% foram incorretamente como 18% (fls. 51).

Menciona-se, como exemplo, também que no mês de janeiro de 2.000, sobre R\$210.462,79 (representa 4,35% da base de cálculo total do mês – R\$4.838.225,12), o Contribuinte deveria ter aplicado a alíquota de 18%, mas aplicou apenas 12%. O Fisco exigiu a diferença de 6% (fls. 51).

Observe-se (fls. 51/52) que os índices apurados são bastante semelhantes relativamente a cada grupo de base de cálculo/alíquota analisado. Por exemplo, a base de cálculo que foi tributada a 12% pelo Contribuinte quando na realidade o correto seria 18% (diferença 6%) representa, em relação às saídas totais, no decorrer dos 12 meses do exercício de 1999, respectivamente: 4,35; 3,62; 4,07; 4,69; 4,10; 4,43; 4,60; 4,69; 5,75; 4,55; 4,69; 4,25.

Então, não procede a afirmativa da Impugnante que a exigência foi fundamentada em dados coletados nas fitas detalhes correspondentes apenas ao movimento do mês de maio de 1998. Aliás, neste trabalho, esse exercício não foi objeto da autuação.

Portanto, como demonstrado, a amostra utilizada pelo Fisco logrou comprovar a prática da irregularidade em todos os meses do exercício. As irregularidades constatadas em diversos caixas, em diversos dias, evidencia que a Autuada, com o fim de reduzir o débito produzido, promoveu, com habitualidade, a aplicação incorreta de alíquotas ou a não tributação de operações que seriam normalmente tributadas.

Sendo assim, conforme pronunciou a douta 1ª Câmara de Julgamento no Acórdão n.º 15.650/02/1ª que tratava da mesma matéria, cuja Autuada era também a Impugnante deste processo, “o trabalho fiscal, relativamente ao item 4 do Auto de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Infração, consistiu em apurar índices reais (Anexo II), resultantes da análise, por amostragem, dos próprios números apresentados nos cupons fiscais da Autuada e aplicá-los sobre as demais operações descritas em cupons não manuseados”.

Cita-se também os diversos fatores que motivaram a adoção desta metodologia por parte do Fisco:

Apesar de não terem sido desclassificados ou desconsiderados os cupons fiscais emitidos pela Autuada, os valores consignados em seus livros fiscais, no tocante à apuração do imposto, não merecem fé, posto que deliberadamente a Autuada reduziu ou suprimiu alíquotas com o objetivo único de diminuir o débito produzido em cada mês.

O contribuinte conhecia as alíquotas corretas a serem aplicadas para cada um dos produtos, conforme estabelecido na legislação tributária, porém, alterou-as, reduzindo substancialmente o imposto devido.

Conforme afirmado pelo Fisco as fls.1.588, em praticamente 100% dos cupons analisados foi constatada a prática retro descrita.

Tendo em vista que, nos termos do parágrafo único do art. 142 do CTN, “*a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”, a Autoridade fiscal, após verificar a irregularidade, não fica livre para lançar ou não o Contribuinte, ou mesmo para escolher a oportunidade de lançá-lo.

Destaca-se que, segundo Maria Rita Ferragut, em *Presunções no Direito Tributário* (Ed. Dialética, 2001), “a fiscalização tem o dever-poder de constituir o crédito tributário todas as vezes em que tomar conhecimento de fato jurídico, se o aplicador, constatando a presença de indícios que lhe confirmam certeza da ocorrência do fato, não efetuar o lançamento, aí sim estará agindo de forma não-vinculada, incorrendo em responsabilidade funcional”.

Detectada a prática de atos que resultam em falta de recolhimento do tributo devido, o Fisco tem o dever de apurar o imposto suprimido dos cofres públicos e para tanto precisa utilizar de meio e técnica idôneos para viabilizar a apuração dos valores.

Verifica-se que, embora a Autuada possuir todos os meios, inclusive informatizados, para contestar os valores apurados pelo Fisco, não o fez. Ela não apontou de forma objetiva qualquer erro no trabalho fiscal.

Concorda-se com o fundamento do Acórdão 15.650/02/1^a que “o que o Fisco fez, na verdade, foi presumir que em todos os cupons fiscais não analisados as alíquotas foram também reduzidas ou suprimidas e nas mesmas proporções verificadas naqueles cupons analisados (Anexo II)”.

Presunção, segundo Clovis Beviláquia é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De acordo com Maria Rita Ferraguti, a presunção hominis ou juris tantum, caracteriza-se como uma proposição individual e concreta reveladora de um raciocínio lógico presuntivo realizado pelo aplicador da norma, que a partir do conhecimento de indícios, da inexistência de provas em sentido contrário a eles, e da relação de implicação estabelecida segundo o que ordinariamente acontece, forma sua convicção, declarando normativamente a existência de fato jurídico indiretamente conhecido.

Segundo a mesma autora, a presunção pode ser aplicada no direito tributário, sem ferir qualquer de seus princípios, desde que os indícios sejam graves, precisos e concordantes, ou seja, as relações do fato conhecido com o fato desconhecido sejam tais que a existência de um estabelece, por uma forte indução, a existência do outro; inexistam provas em contrário, apesar de ser possível apresentá-las.

Por fim, haja impossibilidade ou razoável dificuldade para que o Fisco busque com exatidão a verdade real ou a comprovação da simulação promovida pelo contribuinte.

Uma vez presentes tais requisitos, deve-se concordar com a metodologia empregada pelo Fisco, calcada em critérios estatísticos aceitáveis, aplicados sobre dados reais.

Portanto, chega-se ao mesmo convencimento da 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, consubstanciado no Acórdão n.º 16.650/02/1ª, que, “o Fisco, ao se deparar com procedimentos do Contribuinte que deliberadamente reduzem o imposto devido, tem o dever vinculado de apurar o imposto devido e exigir os valores que foram suprimidos dos cofres públicos. O Fisco elegeu metodologia idônea para apurar tais valores, sem contudo impedir a apresentação de contra provas, o que efetivamente não ocorreu. O Fisco provou, por meio de provas indiciárias, a ocorrência de fato jurídico típico, previsto na regra-matriz de incidência do imposto. O fato típico efetivamente ocorreu e a certeza jurídica encontra-se presente”.

Muito embora o Fisco ter mencionado no Auto de Infração os artigos 53 e 54 do RICMS/96, que tratam de arbitramento, efetivamente os valores das operações não foram arbitrados, mas extraídos dos documentos, cupons fiscais, emitidos pela própria Autuada.

Tal incorreção não prejudica o feito fiscal, eis que a metodologia utilizada não foi alterada por estas citações, tampouco ficou prejudicado o entendimento da matéria por parte da Impugnante.

Ademais, o artigo 60 da CLTA/MG prevê que “as incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida”.

Esse foi o entendimento do CC/MG no Acórdão 15.650/02/1ª, anteriormente citado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação à decisão citada pela Impugnante às fls. 1.548/1.551 (Acórdão 14.607/01/3ª), ressalta-se que ela produz seus efeitos somente entre as partes envolvidas, haja vista as particularidades de cada caso concreto, que devem ser analisadas à luz da legislação pertinente, vigente à época dos fatos.

Além disso, conforme comentou o Fisco, "os fatos ali narrados não guardam qualquer semelhança com o presente feito".

Reputam-se legítimas as exigências fiscais."

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, 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-se o pleito de reunião dos PTA's sob arguição de continência, tendo em vista a perda do seu objeto. No mérito, pelo voto de qualidade, julgou-se procedente o lançamento, considerando-se o DAE de fls. 1.576. Vencidos, em parte, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões que excluía as exigências do item 4 do Auto de Infração. Os Conselheiros retro mencionados apresentarão votos em separado, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 05/12/02.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta**

**Edwaldo Pereira de Salles
Relator**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.762/02/3^a
Impugnação: 40.010108047-31
Impugnante: Viabrasil Comércio e Indústria Ltda
Proc. S. Passivo: Juliana Mendes Guimarães Pinto/Outros
PTA/AI: 01.000140109-91
Inscrição Estadual: 062.727100.0053
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos do artigo 43 do Regulamento Interno do CC/MG.

O único ponto de divergência deste voto em relação aos votos vencedores se refere ao item 4 do campo “Relatório” do Auto de Infração.

Isto à seguinte razão: o Fisco para fazer a exigência do item 04, fundou-se na apuração que culminou com a exigência do item “2” do mesmo Auto de Infração. Por esta, exigência “2”, ao longo do período fiscalizado, o Fisco apurou de um total de 379 (trezentos e setenta e nove) cupons fiscais, mediante conferência de fitas detalhe, que: em 378 (trezentos e setenta e oito) cupons fiscais emitidos pela Autuada, o contribuinte autuado utilizou alíquota incorreta do imposto; em 01 (um) cupom, as alíquotas estavam corretas. Pelo ICMS, correto das 378 (trezentos e setenta e oito), o Fisco fez a exigência do item “2” do Auto de Infração.

Em razão de ter sido esta infringência apurada ao longo do período de um ano, em 378 (trezentos e setenta e oito) cupons esparsos ao longo do referido espaço de tempo, o Fisco apurou um índice médio de recolhimento a menor e aplicou-o, ao longo do mesmo espaço de tempo, aos demais cupons emitidos pela Autuada, naquele estabelecimento. Isto culminou na exigência contida no item 04 do Auto de Infração.

No entanto, uma incorreção fatal existe ao procedimento fiscal que culminou com a exigência “4”. O Fisco encontrou um cupom sem qualquer divergência. Apreciando, pela ordem de grandeza das infrações “2” e “4”, pode-se presumir que um cupom em um universo de 379 implica em 0,26%.

Comparando o valor das exigências do item “2” em relação ao item “4”, pode-se dizer que o item “2” representa 1,02% da exigência “4” (R\$9.849,16 : R\$959.511,56 = 1,02%).

Portanto, a existência de um único cupom correto em um universo de 379 averiguados, não é insignificante como o Fisco assim o disse. Se 0,26% é percentual insignificante, com certeza 1,02% também o é, o que implica em dizer que averiguar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apenas 1,02% de um universo anual de cupons emitidos para se chegar a um índice é insignificante para se aplicar este índice a todo um período de anual, repete-se.

Ao mínimo, o Fisco deveria abater o percentual de 0,26%.

No entanto, para a melhor firmeza da acusação fiscal contida no item “4”, melhor seria que o Fisco apurasse o índice em um percentual mais significativo, como, por exemplo, 10% dos cupons emitidos ao longo do exercício anual. Mas, não, através de uma amostragem de 1,02%.

Daí, porque, dou provimento parcial ao lançamento para excluir as exigências do item 4 do Auto de Infração.

Sala das Sessões, 05/12/02.

**Francisco Maurício Barbosa Simões
Conselheiro - CC/MG**

CC/MG