

Acórdão: 2.799/03/CE
Recurso de Revisão: 40.60109367-98
Recorrente: Massas Periquito S/A
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Ubiraci Martins/Outros
PTA/AI: 01.000140313-78
Inscrição Estadual: 277.044271.00-13
Origem: AF/Governador Valadares
Rito: Ordinário

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO - DESCONTOS CONCEDIDOS. Constatada a emissão de notas fiscais consignando valores inferiores aos efetivos valores das operações, uma vez que os descontos concedidos, discriminados no campo "Dados Adicionais / Informações Complementares" das notas fiscais eram cobrados dos destinatários. Razões de defesa insuficientes para elidir o feito fiscal. Reforma parcial da decisão da câmara *a quo*, a fim de que seja observado o saldo existente na conta gráfica da Recorrente. Recurso de Revisão provido parcialmente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

DA DECISÃO RECORRIDA

A autuação versa sobre emissão de documentos fiscais constando descontos fictícios na base de cálculo do imposto, acarretando recolhimento a menor do mesmo. A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.790/02/3ª, pelo voto de qualidade, manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS, MR (50%) e MI (40%).

DAS RAZÕES DA RECORRENTE

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão (fls. 46.824/46.850 - volume CLVI), por intermédio de seu procurador regularmente constituído.

Aduz que a importância real da operação é sempre a expressa nas notas fiscais; valor único, verdadeiro e materialmente recebido como faz prova os documentos bancários de recebimento e depósitos todos anexados aos autos, juntamente com as notas fiscais, não podendo o fisco negar-lhe credibilidade arbitrando uma base de cálculo superior.

Diz que é sabença que um ex-empregado normalmente tem escusos objetivos quando parte para denúncias contra seu ex-empregador, sendo que o fisco se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

utilizou de uma declaração confusa prestada pelo mesmo em que ataca a ora Recorrente com afirmações que se contradizem entre si e que a própria fiscalização coloca em dúvida pois, é certo que naquele papel denunciador nada se fala em notas promissórias, apenas em cheques, sendo que o fisco fala em notas promissórias, dizendo nos autos com todas as letras que o desconto constante das notas fiscais era fictício/simulado, e era recebido pela empresa sob dupla garantia - cheque e nota promissória.

Salienta que os princípios norteadores dos títulos de crédito são a literalidade, cartularidade, e autonomia, e a nota promissória, com promessa de pagamento, para produzir os efeitos cambiais deverá atender certos requisitos entre eles pode-se numerar o nome do tomador, data do saque, época do pagamento e assinatura de próprio punho de quem passa a nota promissória. Assim, estando aqueles papéis sem qualquer assinatura estão desvestidos dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, não podendo ser considerados como notas promissórias e muito menos documentos a atender a informação de que comprovam a ocorrência dos descontos fictícios.

Assevera que os poucos pedidos juntados aos autos pela fiscalização apresentam no seu verso anotações (certamente inseridas) com indicação de cheques, valores e vencimentos, todos sem indicar o nome do Banco sacado e pasmem, com a mesma caligrafia. Acrescenta que acreditar que o denunciante dois anos depois de ter-se desligado da ora Recorrente, pudesse anotar números de cheques no verso do pedido sem mencionar o nome do banco é algo inusitado.

Alega que todas as declarações trazidas aos autos pelo fisco são falsas e de nada prestam para sustentar o AI, pois nascidas viciadas, não sendo na verdade, cópia fiel dos fatos ocorridos.

Quanto ao DAF 04.114063-75 (fls. 23/53) diz que o motorista efetuou a quitação da autuação por vontade própria, sendo que a empresa, após acertar o frete com o mesmo (mediante o Recibo de Pagamento Autônomo - RPA n.º 19, de 28-03-01), e não concordando com a referida autuação, não mais se utilizou dos serviços daquele profissional.

Alega que sua escrita não é fraudulenta e que em momento algum realizou vendas com valores inferiores do preço de custo de fabricação, acrescido da margem de lucro, o que pode ser comprovado pela análise de sua escrita contábil.

Diz que o fisco tinha e tem todos os meios probatórios de que necessitava para comprovar a regularidade das operações; os documentos juntados mostram com propriedade cristalina sua regularidade, basta querer analisá-los; o que não foi o caso.

Salienta que o julgador não pode utilizar-se de presunção quando a parte produz prova documental sobre a matéria discutida. Acrescenta que com relação à presunção fiscal, é cediço que a doutrina e também a jurisprudência têm repellido esta prática, pois têm se desentendido com o nascimento da obrigação tributária, principalmente no que tange ao fato gerador do tributo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aduz que a MI do art. 55, VII, da Lei n.º 6.763/75 deve ser expurgada, pois o caso presente se refere a arbitramento por presunção e não subfaturamento.

Ultrapassadas as razões de mérito acima, caso não se cancele o feito fiscal, pede a ora Recorrente, a reforma da decisão na conformidade com o voto do nobre Conselheiro, Francisco Maurício Barbosa Simões, que assim expressou: julgo parcialmente procedente, para manter as exigências fiscais apenas nos casos em que se tenha nos autos, a cópia da Nota Promissória no valor do desconto.

Requer o provimento do Recurso de Revisão.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 46.852/46.857, opina, em preliminar, pelo conhecimento dos Recurso interposto e, no mérito, pelo seu provimento parcial, para que seja efetuada a recomposição da conta gráfica, levando-se em consideração o saldo credor do mês de maio/2001.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Decorre a exigência fiscal formalizada da constatação do recolhimento a menor do ICMS nos exercícios de 1997 (janeiro a junho) e 2001 (janeiro a setembro), em decorrência da redução indevida da base de cálculo do imposto, mediante a concessão de 'descontos fictícios' discriminados nas respectivas notas fiscais de saídas. As exigências são de ICMS, MR e MI capitulada no art. 55, VII, da Lei n.º 6.763/75.

Inferre-se que o trabalho fiscal originou-se da DENÚNCIA de fls. 54/55 firmada em fevereiro/2001 pelo Sr. José Lopes de Araújo, ex-motorista da Recorrente, onde o mesmo declara que a ora Notificada vinha sonogando impostos desde 1993, colocando *descontos* de até 30% em suas notas fiscais, mas recebendo os mesmos de seus clientes, ou seja, um cheque no valor da nota fiscal de um Banco, e o falso desconto em um cheque de outro Banco ou a dinheiro.

Ressalte-se que para sustentar suas assertivas, o referido denunciante carrou aos autos diversos documentos, a saber: **pedidos** (ex.: fls. 405, 426...), **notas fiscais** (ex.: fls. 406, 427...), **notas promissórias** (ex.: fls. 464, 473...) e **duplicatas** (ex.: fls. 462, 472...) onde restou evidenciado a prática da aludida omissão de receita.

Outro elemento irrefutável de prova que sustenta o feito fiscal refere-se ao DAF n.º 04.114063-75 (fls. 23/53) emitido logo no mês seguinte ao da denúncia onde se verifica que a Contribuinte quitou autuação expedida pela fiscalização do trânsito de mercadorias em virtude da constatação da prática de subfaturamento mediante a concessão dos citados 'descontos fictícios' em suas notas fiscais, comprovado pelo confronto desses documentos com as respectivas notas promissórias emitidas em nome dos destinatários.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Há de se salientar que no presente Recurso a Recorrente alega que o referido pagamento não serve como prova inequívoca da prática de procedimento lesivo por parte da mesma, haja vista que a liquidação da autuação teria sido efetuada por livre e espontânea vontade do motorista, sem a devida "concordância" da Empresa.

Não obstante, vale destacar que o mencionado DAF foi emitido em nome da Contribuinte e não em nome do motorista, não sendo plausível conceber que um "**transportador autônomo**" iria se dispor a quitar notificação oriunda de irregularidade verificada nas "notas fiscais" sem o prévio consentimento do estabelecimento emitente e, *in casu*, também contratante do frete (a Recorrente).

O terceiro elemento de prova, decorre dos dois primeiros, quando o Fisco houve por bem ratificar os veementes indícios que dispunha até aqui (denúncia e DAF), coletando, a partir de fevereiro/2002, por amostragem (fls. 56, 65, 69, 82, 89, etc.), DECLARAÇÕES dos adquirentes acerca dos valores pagos por eles à Recorrente, isto é, procurou se certificar que o valor pago sempre correspondia ao valor dos pedidos e esses, ao valor total dos produtos lançados nas NFs sem quaisquer descontos.

Importante torna-se destacar que até o presente momento a Defendente não conseguiu elidir os citados documentos probatórios apresentados pelo Fisco.

Nesse sentido, mesmo em relação às 19 contra-declarações carreadas aos autos pela Autuada mediante o protocolo n.º 003877 (fls. 46.695/46.745), nas quais os destinatários promoveram novos testemunhos alegando, em síntese, "*que assinaram declarações já preenchidas pelo Fiscal; que não tinham conhecimento do conteúdo das declarações e que o valor do pedido era o valor líquido da nota fiscal (sem considerar o desconto concedido)*", infere-se pela pormenorizada análise efetuada às fls. 46.804/46.806, que restou evidenciada a imprecisão dessas contra-declarações para refutar o feito, mesmo porque em 10 delas ficou constatado que as mesmas **divergiam das próprias provas materiais anexadas aos autos** (no caso os pedidos), numa comprovação inequívoca da ineficácia da Contribuinte de produzir provas a seu favor.

Quanto à alegação da Recorrente de que as notas promissórias anexadas aos autos pelo Fisco *não contêm a 'assinatura de próprio punho do emitente'*, motivo pelo qual as mesmas não poderiam atestar uma promessa de compra e venda exarada pelo obrigado e expressiva de sua vontade, verifica-se que a autuação levada a efeito mediante o DAF n.º 04.114063-75 acima referido, apresenta-se alicerçada justamente nos valores expressos em notas promissórias sem a assinatura do emitente, irregularidade esta que foi devidamente quitada pela Autuada.

Assim, os referidos documentos devem ser admitidos como prova da prática do subfaturamento, mormente porque em seu presente Recurso a própria Contribuinte solicita (caso não se cancele o AI) *a reforma da decisão para manter as exigências fiscais apenas nos casos em que se tenha nos autos a cópia da "nota promissória" no valor do desconto*, circunstância que *per si* evidencia o reconhecimento por parte da Recorrente acerca da autenticidade do aludido documento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Insta salientar que a obtenção dos valores não oferecidos à tributação se constituiu na identificação das notas fiscais que continham os 'descontos fictícios' e sobre eles fazer incidir o ICMS, fato que resultou na relação de fls. 597/2.501, cujo resultado foi consolidado no demonstrativo de fls. 06 dos autos.

Acrescente-se que muito embora o presente crédito tributário abranja somente parte dos exercícios de 1997 e 2001 a amostra utilizada pelo Fisco logrou comprovar a prática da irregularidade também nos anos de 1995, 1999 e 2000 (vide quadro de fls. 46.648), o que denota que a Autuada promovia, com habitualidade, a não tributação de valores que faziam parte da base de cálculo do imposto, no caso, os 'descontos simulados', fato que irrefutavelmente desabona sua escrita fiscal.

Registre-se que a decisão empresarial pela sonegação é um processo onde o comportamento comum é a rotina, sendo que por mais simples que seja envolve: "tomada de conhecimento do assunto, a fixação dos objetivos, a delineação das alternativas e a opção". Difícil conceber que exista alguém que aja diferente.

Nesse sentido, infere-se que segundo a própria Autuada (fls. 2.510), no período fiscalizado foram emitidas cerca de 48.000 notas fiscais. Daí, pergunta-se: iria o gerente tomar quarenta e oito mil decisões, tendo a cada operação de decidir se iria subfaturar, sem motivo algum, a cada hora? Certamente que não, pois a decisão em si de subfaturar ou não subfaturar, exige uma constância. Exige a criação de um critério para agir, no qual a atividade vire uma rotina, dispensando decisões a cada operação realizada. Os diversos funcionários do estabelecimento como "caixa, emitente de nota fiscal, cobrador, vendedor, porteiro, motorista", todos têm que ter prévio conhecimento do sistema de funcionamento da empresa, sob pena de emperrar a organização.

Assim, o que o Fisco fez, na verdade, foi presumir que em todos os documentos fiscais emitidos no período fiscalizado, com concessão de desconto, a Contribuinte adotou o mesmo procedimento comprovado em várias operações dentro deste mesmo período. Nesse sentido, a presunção levada a efeito pelo Fisco é plenamente legítima, segundo a doutrina.

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

De acordo com Maria Rita Ferragut, a presunção *hominis* ou *juris tantum*, caracteriza-se como 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; inexista prova em contrário, apesar de ser possível apresentá-la.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Presentes tais requisitos, o que é incontroverso no caso dos autos, resta concordar com a metodologia empregada pelo Fisco. Metodologia esta calcada nos próprios valores constantes dos documentos fiscais emitidos pela Recorrente.

Resumindo, o Fisco, ao se deparar com procedimentos da 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, as quais, no entanto, não tiveram o condão de elidir o feito. 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.

Portanto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências fiscais constantes do Auto de Infração.

Não obstante, há de se ressaltar que em relação ao período objeto das exigências, observa-se que no mês de maio/2001 a Contribuinte acusa um saldo credor de R\$ 21.870,14 (conforme Consulta Conta Corrente Fiscal de fls. 46.688 dos autos), fato que implica na necessidade da respectiva recomposição da conta gráfica.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer o Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao Recurso de Revisão, para que seja recomposta a conta gráfica da Recorrente, levando-se em consideração o saldo credor do mês de maio/01 (fls. 46.688). Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), Windson Luiz da Silva e Thadeu Leão Pereira, que davam provimento ao mesmo, sendo que estes dois últimos suportaram seus votos no art. 112, do CTN. Designado Relator o Conselheiro José Eymard Costa (Revisor).

Sala das sessões, 08/04/03

José Luiz Ricardo
Presidente

José Eymard Costa
Relator