

Acórdão: 2.942/04/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revisão: 40.060110965-72
Recorrente: Massas Periquito S/A
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Carlos Eduardo de Toledo Blake/Outros
PTA/AI: 01.000141478-72
Inscr. Estadual: 277.044271.00-13
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO - DESCONTOS CONCEDIDOS. Constatada a emissão de notas fiscais consignando descontos na realidade fictícios, uma vez cobrados dos adquirentes. Entretanto, as notas fiscais comprovadamente irregulares e os indícios apresentados não respaldam a presunção de que todos os descontos sejam fictícios, assim, reformula-se a decisão recorrida para subsistirem as exigências nos termos propostos pela Auditoria Fiscal. Recurso de Revisão conhecido, em preliminar, à unanimidade e, no mérito, parcialmente provido, pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a recomposição da base de cálculo do ICMS, em diversas operações ocorridas no período de julho a dezembro de 1997, tendo em vista a concessão de descontos simulados/fictícios.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 16.230/03/1ª pelo voto de qualidade manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS, MR (50%) e MI (40%).

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 2.480 a 2.492 e apresenta os documentos de fls. 2.493 a 2.723, requerendo, ao final, o seu provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2.725 a 2.733, opina pelo provimento parcial do Recurso de Revisão, para que sejam mantidas apenas as exigências atinentes a 30 notas fiscais, conforme parecer.

Em sessão realizada em 06/04/04, presidida pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Presidente, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 16/04/04.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: 1) os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor), Aparecida Gontijo Sampaio e Cláudia Campos Lopes Lara, que negavam provimento ao Recurso de Revisão; 2) a Conselheira Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Relatora), que dava provimento parcial ao Recurso de Revisão, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal e 3) a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que dava provimento parcial ao Recurso de Revisão, para manter as exigências apenas em relação às Notas Fiscais de nºs 048241, 053741, 056524 e 056527. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Elcio Fonseca Reis e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. José Alfredo Borges.

DECISÃO

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

Primeiramente devemos nos contrapor a algumas assertivas da Recorrida, mesmo que o trabalho fiscal, por outras razões, sujeite-se a outros questionamentos:

- Nem todas as declarações, em número de 31 (trinta e uma), possuíam a mesma caligrafia, pois algumas foram datilografadas, como as de fls. 387, 404 e 420, e não houve contra declarações em relação a todas, pois em número de 22 (vinte e duas). Assim mesmo, parte destas não desqualificam expressamente as anteriores;

- Não houve a alegação, nas contra declarações, da existência de “pressão fiscal”. Os adquirentes das mercadorias são empresários, negociantes, e não assinariam em branco. Se modificaram as declarações iniciais não se sabe o motivo;

- As notas fiscais para órgãos públicos (CONAB) não foram incluídas na autuação, conforme, por exemplo, notas fiscais de fls. 2.496 a 2.505 e quadros da autuação de fls. 596, 1.004 e 1.015. As cooperativas, por sua vez, são contribuintes normais do ICMS, e somente o fato de serem cooperativas não as eximiria do procedimento relatado pelo Fisco;

- Não foram apresentadas 300 (trezentas) notas fiscais pela Recorrente, atinentes a órgãos públicos e cooperativas, tendo sido muitas repetidas; de toda forma, não representam 10% de 12.500 (doze mil e quinhentos), quantidade aproximada das notas fiscais emitidas no período objeto da autuação, segundo a Autuada. Mesmo que representassem, as notas fiscais destinadas a órgãos públicos não foram incluídas na autuação;

- Também não há de prevalecer a alegação de que operações de valores inferiores a R\$100,00, que representariam 20% do total, segundo a Recorrente, não poderiam estar incluídas na autuação, sob a justificativa de que seriam “mais onerosas de serem subfaturadas, dado o baixo valor e o custo administrativo de controle”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- O parágrafo único do artigo 368 do CPC não se aplica à presente autuação, pois as declarações não foram prestadas/assinadas por terceiros, mas por vários compradores da Recorrida, os quais efetuam os pagamentos atinentes às mercadorias;

- Não foram acrescidas às bases de cálculo um percentual linear de 20%, mas a cada operação foi somado o desconto consignado na nota fiscal, o qual variou de operação para operação;

- O exemplo dado pela Recorrente, à fl. 2.488, atinente às Notas Fiscais de fls. 2.722/23, demonstra que o adquirente, se estivesse pagando o desconto, teria revendido o produto pelo mesmo preço de aquisição, R\$0,66 o pacote de 0,5 k, e não abaixo do preço de custo, o que se constitui em estratégia de marketing utilizada por vários supermercados, os quais diminuem os preços de vários produtos ensejando a venda também de outros produtos;

- Sem adentrar em outras considerações, os artigos 227 e 230 do novo Código Civil, em vigor a partir de janeiro/2003, não se aplicam à autuação, pois esta se refere a 1997;

- O recolhimento atinente à DAF, de fl. 309, um dos indícios utilizados pelo Fisco na presente autuação, refere-se à constatação de diferenças de bases de cálculo do imposto, após confronto de notas fiscais com notas promissórias, conforme nota fiscal avulsa de fl. 310. Portanto, não diz respeito a uma situação de apreensão de mercadorias, não tendo cabimento a necessidade de pagamento da exigência tendo em vista “evitar danos aos cliente”.

Isso posto, temos que parte das declarações obtidas pelo Fisco apenas indicam que os valores pagos correspondem aos valores dos pedidos, o que não significa que tenham valores distintos. Assim, independentemente de contra declarações, não mereceriam constar como indícios do procedimento irregular apontado pelo Fisco.

Em tal situação temos as declarações/contra declarações de fls. 44/2.034 (Mercearia Kaola); 65/2.044 (Romero Domingos da Silva); 71/2.041 (Silvany Maurício Mendes); 79/2.047 (Super Mercearia Irmãos); 342/2.055 (Adriana Amélia da Silva Lopes); 351/2.058 (Anael José Miranda Genelhu); 355/2.061 (Antônio Miranda da Costa); 368/2.064 (Ari Soares); 375/2.066 (Arlindo Rodrigues da Silva); 435/2.076 (Comercial Universal); 450/2.080 (Geraldo Rodrigues Miranda); 499/2086 (Jorge Ferreira da Silva); e 567/2.092 (Ki Mercado Central).

Também as declarações de fl. 35 (Mercearia Alves Vieira); 420 (Comercial São Raimundo); e 444 (Ebiron Nunes Ribeiro), mesmo sem contra declarações, indicam apenas que os valores pagos correspondem aos valores dos pedidos.

Quanto às outras declarações em relação às quais não foram apresentadas contra declarações, temos que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- fl. 102 (Walter Lucio G. dos Santos) : Apesar de também mencionar que os valores pagos correspondem aos valores dos pedidos, o Autuante anexou a Nota Fiscal nº 056516, de 27-10-97, à fl. 124, e o respectivo pedido, de fl. 125, os quais denotam que o desconto foi somado ao “valor total dos produtos”, caracterizando o subfaturamento;

- fl. 135 (Zeneida Contin) : Declarou que “o valor pago corresponde ao valor dos pedidos e não ao das notas fiscais, não existindo desconto, pois todos foram pagos”, o que enquadra em tal situação as Notas Fiscais nº 058920, 054199 e 051533, respectivamente de 26-11-97, 29-09-97 e 28-08-97, às fls. 147, 150 e 151, além da Nota Fiscal nº 056521, de 27-10-97, acompanhada ainda de pedido, de fls. 148 e 149, todas caracterizando o subfaturamento;

- fl. 476 (G. de Souza de Azevedo) : Declarou que “o valor pago apenas não inclui o desconto se o pagamento for à vista”, o que não foi o caso da Nota Fiscal nº 055534, de 15-10-97, à fl. 480, caracterizando o subfaturamento;

- fl. 482 (João Carlos Pereira de Carvalho) : Declarou que “o valor pago corresponde ao do pedido e não aos valores líquidos constantes nas notas fiscais”, o que enquadra em tal situação as Notas Fiscais nºs 058921, 051532 e 049105, respectivamente de 26-11-97, 28-08-97 e 31-07-97, às fls. 493 a 495, caracterizando o subfaturamento;

- fl. 501 (José Bispo Duarte) : Em sua declaração ateu-se a uma nota fiscal emitida em 06-01-98, posteriormente, portanto, ao período objeto da autuação;

- fl. 506 (José Francisco Oliveira) : Na realidade contém uma relação de notas fiscais e os valores pagos a elas atinentes, sendo que as Notas Fiscais nºs 048241, 053741 e 060986, respectivamente de 21-07-97, 24-09-97 e 23-12-97, às fls. 510 a 512, denotam que os descontos foram pagos, caracterizando o subfaturamento.

Em relação às restantes declarações que possuem contra declarações, temos que:

- fls. 11 e 2.031 (Maria Martins de Souza) : Não modificou seu posicionamento anterior no sentido de que “os valores pagos correspondem aos pedidos, sem nenhum desconto, e não aos valores constantes nas notas fiscais”, pois posteriormente mencionou que “não se lembra dele (fiscal) ter apresentado notas fiscais com valores diferentes dos pedidos”, o que não retifica a assertiva anterior; assim, as Notas Fiscais nº 056513, 054195, 051539 e 049112, de fls. 27 a 30, respectivamente de 27-10-97, 29-09-97, 28-08-97 e 31-07-97, tiveram os descontos pagos, caracterizando o subfaturamento;

- fls. 48 e 2.037 (Paulo Andrade de Lima) : O adquirente realmente modificou o seu posicionamento inicial, não cabendo a inclusão no feito fiscal de notas fiscais a ele destinadas;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- fls. 87 e 2.049 (Terezinha Altino Soares) : Não obstante ter modificado o seu posicionamento inicial, o Fisco anexou pedido que denota ter ocorrido subfaturamento relativamente à Nota Fiscal nº 056532, de 27-10-97, conforme fls. 93 e 94;

- fls. 98 e 2.052 (Valdeci Ferreira) : O signatário da contra declaração foi o proprietário, ao contrário da declaração; entretanto, o Fisco anexou pedido que denota ter ocorrido subfaturamento relativamente à Nota Fiscal nº 056527, de 27-10-97, conforme fls. 99 e 100;

- fls. 387 e 2.070 (Armando Gonçalves de Souza) : Não obstante ter modificado seu posicionamento inicial, o Fisco anexou pedido que denota ter ocorrido subfaturamento relativamente à Nota Fiscal nº 056514, de 27-10-97, conforme fls. 395 e 396;

- fls. 404 e 2.073 (Belizete A. Lima Cota) : A adquirente realmente modificou o seu posicionamento inicial, não cabendo a inclusão no feito fiscal de notas fiscais a ela destinadas; entretanto, devemos mencionar que o Fisco anexou pedido que denota ter ocorrido subfaturamento relativamente à Nota Fiscal nº 061652, de 06-01-98, conforme fls. 418 e 419, referentes, assim, a período não alcançado pela presente autuação;

- fls. 458 e 2.083 (Gilmar Alves Pereira) : Não obstante ter modificado seu posicionamento inicial, o Fisco anexou pedido que denota ter ocorrido subfaturamento relativamente à Nota Fiscal nº 056524, de 27-10-97, conforme fls. 469 e 470;

- fls. 534 e 2.089 (José da Silva Coimbra) : Não obstante ter modificado seu posicionamento inicial, o Fisco anexou pedido que denota ter ocorrido subfaturamento relativamente à Nota Fiscal nº 056520, de 27-10-97, conforme fls. 557 e 558; além disso, foram anexados outros pedidos e respectivas notas fiscais, atinentes, porém, a período não alcançado pela presente autuação, como aqueles de fls. 545 e 546;

- fls. 577 e 2.094 (Lúcio Xavier Cardoso) : Não obstante ter modificado seu posicionamento inicial, o Fisco anexou pedido que denota ter ocorrido subfaturamento relativamente à Nota Fiscal nº 056525, de 27-10-97, conforme fls. 585 e 586.

Além das considerações acima acerca de declarações e contra declarações apresentadas por vários clientes da Recorrente, podemos constatar, dentre as várias notas fiscais anexadas, algumas acompanhadas por pedidos e que são concernentes ao período objeto da autuação, não obstante dizerem respeito a outros adquirentes/clientes. Em tal situação, que configura também o subfaturamento, temos:

Nota Fiscal nº 056519, de 27-10-97, e respectivo pedido, de fls. 170/171, tendo como destinatário Careção Alimentos Ltda; Nota Fiscal nº 056529, de 27-10-97, e respectivo pedido, de fls. 212/213, tendo como destinatário Joel Francisco de Oliveira; Nota Fiscal nº 056522, de 27-10-97, e respectivo pedido, de fls. 220/221, tendo como destinatário José Raimundo Porto Fagundes; Nota Fiscal nº 056530, de 27-10-97, e respectivo pedido, de fls. 226/227, tendo como destinatário José Soares de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Freitas; Nota Fiscal nº 056518, de 27-10-97, e respectivo pedido, de fls. 236/237, tendo como destinatária Jovelina Soares da Silva; Nota Fiscal nº 056528, de 27-10-97, e respectivo pedido, de fls. 256/257, tendo como destinatária Mercearia Peres e Costa Ltda; Nota Fiscal nº 056523, de 27-10-97, e respectivo pedido, de fls. 267/268, tendo como destinatário Sampaio e Dutra Ltda; e a Nota Fiscal nº 051540, de 28-08-97, e respectivo pedido, de fls. 270/271, também tendo como destinatário Sampaio e Dutra Ltda.

Além das notas fiscais onde restou comprovado o subfaturamento, em número de 30 (trinta), outras notas fiscais estariam passíveis de tal enquadramento. Porém, ou não foram anexados os pedidos ou as próprias notas fiscais, no caso daquelas relacionadas a adquirentes que confirmaram o pagamento dos descontos.

Os indícios apresentados pelo Fisco, como a denúncia de ex-funcionário, de fls. 340/341; a DAF de 21-03-01, de fl. 309; as declarações de vários adquirentes; além de pedidos relativos a períodos não objeto da autuação, apesar de sinalizarem um comportamento por parte da Recorrente, não nos permite presumir que em todas as operações cujas notas fiscais consignavam algum desconto, este na realidade fosse fictício.

Como já mencionado, algumas declarações apenas indicam que o valor pago corresponde ao valor do pedido (que pode ser igual ao “valor líquido” da nota fiscal), e algumas contra declarações são contrárias às declarações. Além disso, parte da documentação anexada pela Recorrente, “Doc. 2”, de fls. 2.496 a 2.667, apresenta extratos bancários que encontram correspondência com valores de notas fiscais sem a adição dos descontos nelas consignados, como às fls. 2.538/39, 2.589 a 2.595, e 2.604/05.

Para respaldar esse entendimento, reporta-se ao parecer da Auditoria Fiscal na fase de impugnação, que ao transcrever ensinamento de Maria Rita Ferragut, segundo o qual as presunções “*prescrevem o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta*”. Assim, “*o fato que se quer provar será ao máximo juridicamente certo e fenomenicamente provável*”.

Por fim, mesmo acatando-se o feito fiscal, ou seja, considerando-se que todos os descontos sejam fictícios, as notas fiscais sem os respectivos pedidos, ou cujos adquirentes não tenham confirmado o pagamento dos descontos, não encontram respaldo para a exigência da penalidade prevista no inciso VII do artigo 55, Lei nº 6763/75, para a qual exige-se a determinação do efetivo valor da operação, conforme inclusive respostas às Consultas Fiscais Diretas de fls. 2.460/61.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 16/04/04, nos termos da Portaria 04/2001, pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso, para subsistirem as exigências nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencidos, em parte, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor), Cláudia Campos Lopes Lara e Aparecida Gontijo Sampaio, que lhe negavam provimento. E, ainda, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que dava provimento parcial para

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

manter apenas as exigências relativas às Notas Fiscais de nºs 048241, 053741, 056524 e 056527.

Sala das Sessões, 20/04/04.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Glemer Cássia Viana Diniz Lobato
Relatora

GCVDL/EJ

CC/MIG