

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.192/01/1^a
Impugnações: 40.010058768.42 (Aut.)
40.010058770.08 (Coob.)
40.010058769.23 (Coob.)
Impugnantes: Cerâmicas Industriais Reunidas AM Ltda (Aut.)
Representações Norbrás Ltda. - ME (Coob.)
José Eribert de Souza (Coob.)
PTA/AI: 01.000121025.02
Inscrição Estadual: 702.807902.0036 (Autuada);
CNPJ: 20.259.941/0001.51 (Coobrigada)
CPF: 239.753.426-68 (Coobrigado)
Origem: AF/III/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

NOTA FISCAL – CANCELAMENTO IRREGULAR – FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS. Recolhimento a menor do ICMS, face a cancelamento irregular de documentos fiscais. Irregularidade caracterizada. Reincidência não caracterizada, ensejando a exclusão da majoração da multa isolada. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO – VENDAS. Subfaturamento em operações de vendas de mercadorias, constatado através do confronto entre preços consignados nas notas fiscais emitidas e aqueles constantes de documentos paralelos. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO – COMPRAS. Aquisições de mercadorias por preços subfaturados, comprovado mediante confronto entre as notas fiscais emitidas pelo Fornecedores e pedidos de compras, ensejando a aplicação da multa isolada prevista no art. 55, VIII, da Lei 6763/75. Pedidos de compras restritos a fornecedores específicos, sendo excluída a penalidade aplicada relativamente às notas fiscais emitidas pelas demais empresas. Exigência fiscal parcialmente mantida.

NOTA FISCAL – DESTINATÁRIO DIVERSO. Acusação de emissão de documento fiscal constando destinatário diverso daquele a quem a mercadoria efetivamente se destinava. Infração não comprovada. Exigência fiscal cancelada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADO – EXCLUSÃO.
Excluídos os Coobrigados inclusos no pólo passivo da obrigação tributária, por não restar caracterizada a participação destes nas irregularidades narradas pelo Fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Parcelas exigidas: ICMS, MR (50%), MI (20%), MI (40%) e MI (40% - majorada em 50%, por reincidência).

Motivos da autuação: o Auto de Infração versa sobre as seguintes irregularidades:

1. cancelamento irregular de notas fiscais, evidenciando saídas de mercadorias sem o pagamento do ICMS devido;
2. emissão de notas fiscais consignando nestas importância diversa do efetivo valor da operação - subfaturamento;
3. aquisição de mercadorias acobertadas por notas fiscais nas quais foram mencionadas importâncias diversas do efetivo valor da operação - subfaturamento;
4. emissão de notas fiscais fazendo constar destinatário diverso.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada e os Coobrigados impugnam, tempestivamente, o Auto de Infração.

Da Autuada - (fls. 85/86)

Afirma que o relatório constante do Auto de Infração em apreço faz referência a "anexos discriminativos", os quais não lhe foram entregues quando da intimação do AI.

Argumenta que, em função disso, as supostas infrações são dela desconhecidas, o que impede o exame e a conseqüente impugnação das acusações, constituindo, pois, cerceamento de defesa.

Solicita seja declarada nula a sua intimação, bem como inválidos os atos praticados pela Autoridade Lançadora tendente a formalizar a exigência fiscal em discussão.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 93.

Representação Norbrás Ltda (Coobrigada) - fls. 94/95

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma que o relatório constante do Auto de Infração em apreço faz referência a "anexos discriminativos", os quais não lhe foram entregues quando da intimação do AI.

Argumenta que, em função disso, as supostas infrações são dela desconhecidas, o que impede o exame e a conseqüente impugnação das acusações, constituindo, pois, cerceamento de defesa.

Solicita seja declarada nula a sua intimação.

Após reabertura dos prazos, em função da ausência de intimação do Termo de Ocorrência - TO (fls. 117/118), a Coobrigada retorna aos autos (fls. 131/132).

Ressalta que houve falha processual, tendo em vista que fora intimada do Auto de Infração antes de mesmo de ser notificada do TO.

Diz que é equivocada a sua eleição como responsável solidário pelo crédito tributário em comento, dado que o Fisco se embasará em dispositivo legal inexistente à época dos fatos geradores das supostas infrações.

Assegura que a documentação que lhe fora enviada não prova a sua responsabilidade pelas supostas irregularidades apontadas no AI.

Esclarece que a sua atividade empresarial resume-se a "representação comercial" e que nunca fora contribuinte do ICMS, porque não praticava operações relativas à circulação de mercadorias, mas simplesmente representava indústrias cerâmicas (vendedoras) perante clientes (compradores), dentre estes, a Autuada.

Diz que não pode ser responsabilizada por atos praticados pelas empresas que representa.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 101.

José Eribert de Souza (Coobrigado) - fls. 102/103

Diz que desde dezembro/1998 deixara de participar do quadro societário da empresa Representações Norbrás Ltda, eximindo-se, a partir de então, de todas as obrigações em relação à mesma, conforme alteração contratual que anexa.

Argüi que a sua inclusão como Coobrigado é improcedente, tendo em vista não mais ser sócio da referida empresa.

Após reabertura dos prazos, à vista da ausência de intimação do Termo de Ocorrência - TO (fls. 122/123), o Coobrigado retorna aos autos (fls. 138/139).

Ressalta que houve falha processual, tendo em vista que fora intimado do Auto de Infração antes de mesmo de ser notificado do TO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reitera as suas alegações de não mais ser sócio da empresa Norbrás e acresce que a sua eleição é equivocada, uma vez que o Fisco se embasara em dispositivo legal inexistente à época dos fatos geradores das supostas infrações.

Requer o julgamento da procedência da Impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 109.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em manifestação de fls. 153/158, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que os acórdãos 7801/88/1^a e 10425/93/3^a corroboram o acerto das exigências fiscais contidas no item 6.1 do TO.

Acresce que o subfaturamento das operações de venda bem como o das aquisições restam devidamente comprovados por meio de "pedidos" emitidos pela mandatária.

Afirma que os elementos dos autos comprovam a emissão de notas fiscais, nas quais foram consignados destinatário diverso, tendo como prova material os "pedidos" da Coobrigada, os quais coincidem com as notas fiscais, no tocante às datas, quantidades e mercadoria negociada.

Alega que não houve cerceamento de defesa, visto que o contabilista da Autuada recebera todas as cópias dos documentos que fazem parte do presente PTA, conforme assinatura constante do TO (fl. 04).

Explica que a eleição dos coobrigados se dera com base no disposto no art. 21, inciso VI, da Lei 6763/75, vigente desde 26/12/75.

Diz que, ao caso em tela, aplica-se a regra do art. 110 da CLTA/MG, norma reguladora de presunção relativa, que se torna absoluta quando o sujeito passivo não apresenta a contra prova.

Requer, por fim, a improcedência da Impugnação.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal determina a realização das Diligências de fls. 2174 e 2567, que resultam na manifestação do Fisco às fls. 2178 e 2569/2570 e na juntada de documentos de fls. 2180/2555 e 2572/3003.

Por fim, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 3005/3013, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1

Preambularmente, há que se averiguar se assiste ou não razão à Autuada em argüir cerceamento de defesa, eis que, segundo Ela, não teria sido intimada dos "anexos discriminativos", citados no relatório do Auto de Infração em comento.

Nos termos da legislação tributária vigente à época dos fatos, a formalização do crédito tributário era precedida da lavratura do TO - Termo de Ocorrência - o qual deveria ser emitido em consonância com o disposto no art. 51, inciso II, da CLTA/MG, em cujo documento a autoridade fiscal deveria descrever, sumariamente, mas com clareza, as tarefas executadas, bem como as irregularidades apuradas.

Pois bem, tais elementos encontram-se presentes no TO 01.000121025-02 (fls. 03/04), complementados pelos Anexos que a ele integram (fls. 09/34), os quais foram entregues, pessoalmente, ao contador responsável pela escrita da Impugnante, em 21/07/98, conforme se observa à fl. 04, restando, portanto, efetivada a intimação, consoante disposição do art. 59, § 1º, item 2, alínea "a", da CLTA/MG.

Tanto isso é verdade que o próprio Sujeito Passivo, na apresentação de sua defesa prévia, "Fatos Novos", fls. 52/55, demonstra, por diversas vezes, ter tido conhecimento de tais documentos, uma vez que várias expressões ali citadas, constam dos referidos anexos, além de ter apresentado defesa satisfatória naquela oportunidade.

Assim, considerando-se que todos os elementos que compõem a presente acusação fiscal foram objeto de cientificação da Autuada, antes mesmo da formalização do crédito tributário, ainda na fase de "TO", afigura-se improcedente a alegação de cerceamento de defesa.

Da mesma forma, conclui-se ser infundado o argumento de cerceamento de defesa, por parte dos Coobrigados, dado que, em verificando que estes não tinham sido intimados do TO, a autoridade administrativa tratou de sanar tal vício procedimental, reabrindo-lhes os prazos regulamentares, a contar da fase do TO, conforme intimação de fls. 117/118 e 122/123, encaminhando-lhes, naquela oportunidade, todos o documentos integrantes do AI em apreço.

Preliminar 2

Outro aspecto do feito fiscal merece apreciação, qual seja, a eleição dos Coobrigados **Representação Norbrás Ltda** e de seu sócio **José Eribert de Souza**.

Da análise das irregularidades apontadas no AI em apreço, verifica-se que o subfaturamento nas operações de compra e venda, o cancelamento irregular de notas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais e a destinação diversa são infrações praticadas, exclusivamente, pela Autuada, não constando dos autos elementos que possam comprovar a participação dos Coobrigados nos ilícitos mencionados, de forma a caracterizar a responsabilidade solidária prevista no art. 21, inciso XII, da Lei 6763/75, como acusa a capitulação legal constante do AI.

Ao que se vê dos autos, a participação da empresa "Representações Norbras Ltda", na qualidade de representante comercial, conforme consta do objetivo social (fls. 106), resume-se, tão-somente, em ser a emitente dos "pedidos" que serviram para serem confrontados com as notas fiscais emitidas pela Autuada, de forma a comprovar o subfaturamento de vendas, ou seja, apenas com relação à infração descrita no subitem 6.2 do TO, equivalente à irregularidade descrita na letra "B" do AI ora discutido, não podendo, contudo, atribuir-lhe a responsabilidade solidária pelo subfaturamento, ilícito praticado pela empresa representada, tampouco pelas demais irregularidades apontadas pelo Fisco.

Desse modo, infere-se não existir nos autos elementos suficientes para imputar a responsabilidade solidária da Coobrigada elencada no AI, por inexistirem provas de esta tenha concorrido para o não recolhimento do tributo ora exigido, conforme prevê o dispositivo capitulado no AI, o que, da mesma forma ocorre, também, em relação ao sócio José Eribert de Souza.

À vista do exposto, devem ser excluídos, da condição de responsáveis solidários pelo crédito tributário em apreço, ambos os Coobrigados eleitos.

DO MÉRITO

A autuação propriamente dita versa sobre as seguintes irregularidades, as quais serão tratadas a seguir:

A - Do cancelamento irregular de notas fiscais

O contribuinte, no mês de janeiro/95, cancelou as notas fiscais relacionadas à fl. 09, cujas cópias encontram-se às fls. 165/167, sem, contudo, observar as condições estabelecidas no art. 201, do RICMS/91, ou seja, sem declarar o motivo que determinou o cancelamento, evidenciando assim, saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal.

O ICMS exigido pelo Fisco fora calculado à alíquota de 18% (dezoito por cento), aplicável às operações internas, tendo em vista a ausência de provas de que as respectivas mercadorias tenham sido destinadas a outros Estados.

Cobrou-se também a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, da Lei 6763/75, majorada em 50%, sob o argumento de reincidência da infração.

No entanto, os elementos carreados pelo Fisco, com o objetivo de comprovar a prática da reincidência (GAD'S fls. 172/174), referem-se a saídas de mercadorias desacobertas, prestação de serviço desacobertada, nota fiscal com prazo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de validade vencido, infrações apuradas no trânsito, as quais diferem da presente acusação fiscal, que trata sobre cancelamento irregular de documento fiscal.

Por outro lado, os DAF'S de fls. 176/179, também não se prestam a configurar a prática da reincidência, tendo em vista se referirem à infração de dispositivos diversos aos capitulados no presente caso.

Assim, mantém-se as exigências a título de ICMS, MR e MI, excluindo-se, contudo, a majoração desta última, por não restar caracterizada a reincidência da infração, definida pelo art. 53, § 6º, da Lei 6763/75.

B - Do subfaturamento das operações de venda

O relatório de fls. 09/24 informa que o sujeito passivo emitiu notas fiscais de venda, no período de 02/94 a 10/95, consignando nas mesmas importância diversa do efetivo valor da operação.

A irregularidade fora apurada mediante o confronto das notas fiscais ali citadas com os respectivos "pedidos" emitidos pela empresa representante "Representações Norbrás Ltda".

Destaque-se que as notas fiscais estão anexas às fls. 2181/2311 e 2572/3003 e os "pedidos" que serviram de base para o cotejamento encontram-se às fls. 223 a 2153.

Importa salientar que os "pedidos" nos quais constam a informação manuscrita pelo Fisco "SNF", que significa sem nota fiscal, foram objeto de exigência em outra autuação - PTA 01.000104405-59, cujo crédito tributário encontra-se inscrito em dívida ativa.

Ressalte-se que para uma parcela das exigências fiscais constantes deste item, o Fisco, com base no art. 78, III c/c art. 79, I, ambos do RICMS/91, arbitrou o valor da operação, tomando-se como parâmetro "pedidos" que, embora não se destinassem àqueles clientes mencionados nas notas fiscais, comprovam, que naquela data, **os preços** consignados nas notas fiscais de vendas emitidas pela Autuada, não poderiam ser inferiores àqueles constantes dos pedidos adotados como parâmetro.

Tal procedimento fora adotado para todas as notas fiscais relacionadas às fls. 09 a 24, que na coluna intitulada "Valor" aparece a expressão "ABAIXO".

Legítimas, portanto, as exigências fiscais de ICMS, calculado sobre a diferença não oferecida à tributação, acrescida da MR.

A multa isolada, prevista no art. 55, VII, da Lei 6763/75, foi corretamente aplicada, uma vez que exigida sobre a diferença apurada pelo Fisco:

Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:

(...)

VII - por consignar em documento fiscal importância diversa do efetivo valor da operação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;" (g.n.)

C - Da entrada de mercadorias subfaturadas

O relatório de fls. 25/33 enumera diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias, nas quais o Fisco demonstra que os preços nelas consignados são inferiores aos valores efetivamente praticados.

O Fisco demonstrou a irregularidade por "Fornecedor", sendo estes: Cecol Ltda. (fls. 26/27), Paraluppi e Cia. Ltda. (fl. 27), Cerâmica Delta Ltda., Cerâmica Barra do Tietê, Duragres Ind. Cerâmicas Ltda. e Cerâmica Carmelo Fior Ltda. (fls. 28/32)

Sobre a diferença apurada, está o Fisco a exigir a Multa de 40%, prevista no art. 55, inciso VIII, da Lei 6763/75:

"Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:

(...)

VIII - por utilizar serviço ou receber mercadoria acobertados por documento fiscal que consigne importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente entrada - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;"

Convém ressaltar que a metodologia empregada pelo Fisco consistiu em comparar os "pedidos" de compras (fls. 181/214) com as notas fiscais emitidas pelos Fornecedores da Impugnante (fls. 2313/2555).

Os pedidos anexados pelo Fisco, restringem-se às empresas Cecol Ltda., Paraluppi e Cia. Ltda. e Cerâmica Delta Ltda.,

Relativamente às notas fiscais emitidas por estas empresas, a exigência fiscal demonstra-se correta.

Para as demais empresas (Cerâmica Barra do Tietê, Duragres Ind. Cerâmicas Ltda. e Cerâmica Carmelo Fior Ltda.) não houve anexação de documentos que comprovassem a prática de subfaturamento nas notas fiscais por elas emitidas, embora as mercadorias comercializadas sejam idênticas.

Desse modo, deve ser excluída a multa isolada aplicada relativamente às notas fiscais emitidas por tais empresas.

D - Da destinação diversa

A irregularidade mencionada no item 6.4 do TO e letra "D" do AI versa sobre a emissão das notas fiscais 000065 e 000084 (fls. 217 e 219), nas quais o contribuinte teria consignado destinatário diverso daquele a quem a mercadoria se destinara, além de indicar valor inferior ao preço real da operação (subfaturamento).

As referidas acusações, segundo informa o Fisco à fl. 33, teriam sido constatadas mediante o confronto entre os "pedidos" 006890 e 006882 (fls. 216 e 218), com as citadas notas fiscais.

Saliente-se que a destinação diversa não resta devidamente caracterizada, tendo em vista que tal ilicitude deriva sempre da constatação de divergência entre o destinatário consignado no **documento fiscal** e a pessoa que, de fato, recebe a mercadoria.

Infere-se, assim, que a parcela do crédito tributário relacionada a este item, deve ser objeto de exclusão, por não restar devidamente configurada a infração.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para excluir os Coobrigados (José Eribert de Souza e Representações Norbrás Ltda ME) do pólo passivo da obrigação tributária, excluindo-se, ainda, as seguintes exigências fiscais: majoração da Multa Isolada por reincidência, referente ao item "a" do Auto de Infração; Multa Isolada referente às notas fiscais emitidas pelas empresas Cerâmica Barra do Tietê Ltda., Duragres Indústria Cerâmica Ltda. e Cerâmica Carmelo Fior Ltda, relativas ao item "c"; e multa Isolada, prevista no art. 55, V, da Lei 6763/75, referente ao item "d". Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que também excluía a Multa Isolada exigida nas infrações "b" e "c", para as quais o Fisco arbitrou o valor da operação. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Cleusa dos Reis Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 11/09/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

José Eymard Costa
Relator