

Acórdão: 2.967/04/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revista: 40.050111523-40
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Dirceu Rodighero, Lázaro Rogério Costa e Fábio Rodighero
PTA/AI: 01.000141012-44
IPR: 704/1369 (Aut.)
CPF: 598.581766-00 e 032.254496-36 (Coob.)
Origem: DF/Unai

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO – Comprovado nos autos que o Autuado consignou em notas fiscais importância diversa do efetivo valor da operação, legitimando por conseguinte as exigências de ICMS, MR e MI. Apesar da errônea capitulação legal, deve ser restabelecida a MI (artigo 55, inciso VII da Lei 6763/75), em razão do disposto no artigo 60 da CLTA/MG. A descrição da ocorrência guarda perfeita relação com o tipo descrito no mencionado dispositivo, não se podendo falar em cerceamento de direito de defesa. Restabelecida a multa isolada.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – Através de “tíquetes de pesagem” e “Planilhas de Compra e Venda de Feijão” apreendidos no estabelecimento do Coobrigado/ Lázaro Rogério Costa, o Fisco apurou que o Autuado promoveu saídas de feijão ao desabrigo de notas fiscais. Alegações impugnatórias insuficientes à elisão do crédito tributário. Irregularidade não objeto de Recurso.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITOS PASSIVOS – Correta a eleição do Autuado e dos Coobrigados para figurarem no pólo passivo da obrigação tributária em virtude das disposições contidas no art. 14 e art. 21, inciso VII da Lei 6763/75. Irregularidade não objeto de Recurso.

Recurso de Revista conhecido por maioria de votos e provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 – Emissão das notas fiscais de n.º 000.616, 000.619 e 000.622, nos meses de junho e julho/2002, consignando importâncias diversas dos efetivos valores das operações. Subfaturamento apurado mediante confronto dos valores das notas fiscais constantes às fls. 15, 17 e 19 com o documento extrafiscal juntado às fls.08 dos autos, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

qual foi apreendido no estabelecimento “Rogério Cereais” (de propriedade do Coobrigado/ Lázaro Rogério Costa).

2 – Saída de feijão desacobertada de documentação fiscal, nos meses de janeiro e fevereiro/2002, apuradas mediante documentos extrafiscais (tíquetes de balança constantes às fls. 09 a 12) também apreendidos no estabelecimento acima citado.

Lavrado em 21/10/02 – Auto de Infração exigindo ICMS, MR e MI (prevista no art. 55, inciso II da Lei 6763/75).

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.572/03/2.^a, por unanimidade de votos, manteve parcialmente as exigências fiscais, excluindo a Multa Isolada pelo subfaturamento, em razão de errônea capitulação legal.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revista (fls. 64/71), por intermédio de seu procurador legalmente habilitado, argumentando que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão n.º 15.894/03/3.^a, indicado como paradigma, no tocante a tipicidade do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 77/80, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu provimento para restabelecer a MI aplicada sobre o valor subfaturado.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG e, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revela-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão.

A acusação fiscal constante do Auto de Infração, no que se refere ao subfaturamento, está assim descrita (fls. 03 e 04): “Em análise dos documentos (fiscais/extra-fiscais) apreendidos , por meio de busca judicial, no estabelecimento “Rogério Cereais” (proprietário Lazáro Rogério Costa), foi constatado que o sujeito passivo acima qualificado deu saída de feijão, em desacordo com a legislação vigente, conf. abaixo: 2.1 saída com nota fiscal destacando valor menor que o valor real da operação (subfaturamento), importando numa diferença tributável no valor de R\$ 7.761,33, conforme quadro anexo;”

No quadro de fls. 07, com o título “Saída de Feijão Subfaturada”, o Fisco relacionou as notas fiscais cujo valor consignado estava inferior ao valor real, conforme planilha de compra e venda de feijão nº 0701 de 27/06/2002. Mencionada planilha consta às fls. 08 dos autos.

Observe-se que a descrição da ocorrência, constante do Auto de Infração, guarda perfeita relação com o tipo descrito no artigo 55, inciso VII da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

O Fisco, incorretamente, citou no campo Infringência/Penalidade do Auto de Infração, o artigo 55, inciso II da mesma Lei.

Porém, examinando o lançamento fiscal (A.I), verifica-se que a infração foi descrita de forma clara e objetiva, demonstrando que houve subfaturamento do valor da operação destacado em documentos fiscais, com indicação do valor subfaturado e citação de todos os documentos que serviram como parâmetro para a elaboração do trabalho.

A Autuada e Coobrigados não foram cerceados no direito de defesa com a citação incorreta do dispositivo legal que comina penalidade, já que a infração/infringência foi perfeitamente descrita.

Ressalte-se que foi corretamente aplicado o percentual de 40% equivalente a penalidade isolada (por dar saída a mercadoria com valor da operação subfaturado), conforme descrito no inciso VII do artigo 55 da Lei 6763/75.

A CLTA/MG, que estabelece as normas a serem observadas no processo tributário administrativo, elenca, em seus artigos 57 e 58, quais são os elementos que devem constar do Auto de Infração, dentre eles “a citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade” (artigo 57, inciso V).

Contudo, o artigo 60 do mesmo diploma legal, prevê que “as incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida”. (g.n)

Os dispositivos citados, todos do Capítulo III da CLTA/MG, devem ser analisados em conjunto e nunca isoladamente, sendo que desta análise é possível concluir que o erro na citação do dispositivo que comina penalidade não acarreta a nulidade do Auto de Infração quando nele existem outros elementos que permitem determinar com segurança qual foi a infração praticada e a sanção respectiva.

No caso dos autos, não restou qualquer dúvida acerca da prática de subfaturamento, tanto que a decisão da 2ª Câmara de Julgamento se deu à unanimidade. Assim, se perfeitamente caracterizada a infração, para a qual há penalidade específica, impõe-se que a mesma seja aplicada.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em conhecer do Recurso de Revista. Vencidos os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões e Roberto Nogueira Lima, que dele não conheciam. No mérito, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao mesmo. Vencidos os Conselheiros Juliana Diniz Quirino (Relatora), Widson Luiz da Silva e Francisco Maurício Barbosa Simões, que lhe negavam provimento. Designada relatora a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora). Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente o Dr. Osvaldo Nunes França. Participou do julgamento, além dos signatários e dos retro citados, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 28/05/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora designada

CC/CMG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 2.967/04/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revista: 40.050111523-40
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Dirceu Rodighero, Lázaro Rogério Costa e Fábio Rodighero
PTA/AI: 01.000141012-44
IPR: 704/1369 (Aut.)
CPF: 598.581766-00 e 032.254496-36 (Coob.)
Origem: DF/Unai

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Em análise dos documentos (fiscais/extra-fiscais) apreendidos, por meio de busca judicial, no estabelecimento 'Rogério Cereais' (Lázaro Rogério Costa – proprietário ora Coobrigado), os fiscais autuantes entenderam que o sujeito passivo “deu saída de feijão em desacordo com a legislação vigente”:

- promoveu saída destacando na NF valor inferior ao real (subfaturamento);
- promoveu saída de mercadoria sem emissão da correspondente NF (desacobertamento).

Entendeu-se ter ocorrido a transgressão dos dispositivos seguintes:

Lei 6763/75: art. 16, VI, VII, IX e XIII; e art. 39, par. único

Decreto 38.104/96: art. 44, IV-a; art. 50, I-a, I-b; art. 53, III; art. 54, I; art. 56, X; e art. 89, I e II.

Foram capituladas as penalidades previstas nos artigos 55, II; e 56, II, da lei estadual.

Regularmente processado o feito, foi ele distribuído a 2ª Câmara deste Conselho, para julgamento, e nomeada relatora a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio.

Consta da decisão, consubstanciada no Acórdão n.º 15.572/03/2ª que, “à unanimidade, foi julgado parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada decorrente do subfaturamento”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A exclusão foi motivada pela errônea capitulação legal da penalidade concernente ao subfaturamento.

Inconformada, a Fazenda estadual interpôs o Recurso de Revista de fls. 64 a 71, afirmando preenchidos os requisitos legais, quais sejam:

- não cabimento do recurso de revisão – a decisão não resultou de voto de qualidade;

- existência de dissídio jurisprudencial – a decisão objurgada adotou entendimento oposto ao do acórdão 15.894/03/3^a, de 13.03.03, relator Cons. Roberto Nogueira Lima; e

- o PTA não estar submetido ao rito sumário – à época, o PTA submeteu-se ao rito ordinário.

A demonstrar o dissídio, a Recorrente argumentou que:

“as molduras fáticas dos arestos recorrido e paradigma são idênticas – tipicidade -, com conclusões opostas – um, julgando procedente o lançamento – manutenção da multa isolada, corrigindo-se a capitulação incorreta – e o outro, improcedente – exclusão da multa isolada, recusando-se a corrigir a capitulação incorreta -, à luz da mesma legislação estadual”.

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG e, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revela-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão.

Uma vez que o contribuinte não apresentou recurso contra a parte da decisão que lhe foi desfavorável, a discussão presente se restringe à possibilidade ou não de se fazer incidir a Multa Isolada por subfaturamento, erroneamente capitulada, no Auto de Infração.

Através de documentação apreendida, foi possível verificar que foi consignado, em nota fiscal emitida pelo Autuado, valor diverso da operação (subfaturamento). A diferença foi objeto de tributação e de aplicação de multa de revalidação e multa isolada, esta última afastada na decisão recorrida.

Consta do campo "Infringência/penalidade" do Auto de Infração o art. 55, inciso II, da Lei 6763/75. No entanto, o subfaturamento, que ora se pretende punir, é irregularidade para a qual existe penalidade específica, prevista no inciso VII deste mesmo artigo.

“Art. 55 - (...) VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada”.

Veja-se.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 77 a 80, opinou pelo restabelecimento da multa isolada aplicada sobre o valor subfaturado.

Alicerçou-o na clara e objetiva descrição da infração, a qual demonstra a ocorrência do subfaturamento do valor da operação destacado no documento fiscal. Ressalta, ainda, que foi corretamente aplicado o percentual de 40%, equivalente à penalidade isolada por esta irregularidade, prevista no inciso VII.

Data vênia, não cabe razão à douta auditora.

O processo administrativo não difere do processo judicial, que se pauta pelos dados constantes nas peças processuais.

No caso sub judice, embora haja descrição, nos Autos, da irregularidade referente ao subfaturamento, não houve cominação da penalidade a ela referente, sendo, pois, vedada a interpretação extensiva do lançamento, para abarcar exigência não cominada.

É de se ressaltar que, também no quadro apresentado pelo Fisco, com o cálculo do crédito, não consta o dispositivo legal (art. 55, VII), fazendo-se necessário, para identificá-lo, a pesquisa do percentual aplicado e o uso da suposição de sua aplicação. Neste sentido, a defesa do contribuinte, que alega não ter sido capitulado o dispositivo relativo à multa isolada.

Ficou caracterizado o cerceamento de defesa, além da extrapolação dos limites da peça inaugural e da violação do art. 57, inciso V, da CLTA.

“Art. 57 - A Notificação de Lançamento conterá os seguintes elementos: (...) V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade”.

Com efeito, o art. 145 do CTN consagra o princípio da inalterabilidade do lançamento, regularmente notificado ao sujeito passivo.

“Assim se manifesta Gilberto de Ulhôa Canto:

Justamente em razão da mesma necessidade de se considerar que os atos administrativos têm caráter peculiar, é que avulta a circunstância de erro de direito não ensejar a anulação espontânea pela própria administração, porque esta, ao revés dos indivíduos, é governo, é poder, faz aplicação da lei, não pode ignorá-la ou pretender, a posteriori, ter dela feito errôneo uso. O mesmo não ocorre se há falta de fidelidade do indivíduo ao levar-lhe o seu contingente de fato.” (Comentários ao Código Tributário Nacional. Coord. Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 383-5)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A regra é adotada em nome da estabilidade e segurança das relações jurídicas.

É reiterada a jurisprudência deste Conselho no sentido acima exposto, como se pode verificar pelos excertos abaixo transcritos:

Comprovada que, para a situação constatada pelo Fisco, a irregularidade apontada deveria ser outra e que as exigências fiscais não estão adequadas ao fato comprovado documentalmente, deve ser cancelado o feito fiscal por sua insubsistência. (Acórdão: 13.996/00/3^a)

Em relação ao estorno de créditos relativos a apropriação indevida resultante de lançamento de notas fiscais de entrada fictícias, no exercício de 1997, a infração restou bem caracterizada nos autos, na medida em que as supostas notas fiscais de entrada não foram apresentadas pela Impugnante, sendo corretas as exigências de ICMS e MR; no entanto, a MI aplicada, prevista no inciso IV do artigo 55 da Lei 6763/75, não se encontra capitulada no Auto de Infração (fls. 345/347), devendo ser excluída, por descumprimento do disposto no artigo 58 c/c 57-V da CLTA/MG. (Acórdão: 14.832/02/2^a)

No que se refere a MI 20%, aplicada sobre a totalidade das entradas, impõe-se, de ofício, o seu reparo no sentido de excluir a exigência sobre o excesso de entradas em relação ao estoque físico encontrado em 26.11.97. É que as entradas sem Notas Fiscais, até o limite do estoque físico medido pelo Fisco, são consideradas estoque desacobertado e como tal, incorre-se na penalidade do artigo 55, inciso II, alínea "a", Lei n° 6.763/75. Para a diferença entre eles, as entradas propriamente ditas sem Notas Fiscais, é aplicável a penalidade do inciso XXII, do mesmo artigo e Lei. A falta de capitulação no AI desta penalidade, enseja sua exclusão. (Acórdão: 835/99/5^a)

Entretanto, no que tange às entradas desacobertadas, embora comprovada a irregularidade, a penalidade aplicada, capitulada no art. 55, II, "a", da Lei 6763/75, não se coaduna com o ilícito fiscal cometido, devendo ser canceladas as exigências fiscais relativamente a este item. (Acórdão: 14.547/00/1.^a)

Sala das Sessões, 28/05/04.

**Juliana Diniz Quirino
Conselheira**