

Acórdão: 14.255/00/3^a
Agravado Retido: 40.30100181-68
Impugnação: 40.10057579-67
Impugnante/Agravante: Delano Ltda
Advogado: Roberta Espinha C. B. de Souza
PTA/AI: 01.000124724-58
Inscrição Estadual: 062.006116.03-76 (Autuada)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Falta da 1ª Via do Documento Fiscal - Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

ICMS - Escrituração/Apuração Incorreta - Constatada a divergência entre os valores das notas fiscais e os lançados no LRS. Infração Caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Mercadoria - Entrada e Saída Desacobertada - Infrações apuradas mediante LQFD. Exigências fiscais mantidas.

Obrigação Acessória - Falta de Registro de Livros Fiscais na Repartição Fazendária - Infrações caracterizadas. Exigências fiscais parcialmente mantidas de acordo com a retificação da MI aplicada, conforme DCMM de fls. 1403/1404. Lançamento parcialmente procedente. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE:

- a) Valor: R\$ 637.664,43
- b) Parcelas exigidas: ICMS, MR (50%) e MI (UPFMG/UFIR, 10%, 20% e 40%).
- c) Motivos da autuação:
 - Item 1) registro no LRS de valores menores que o somatório das notas fiscais emitidas, referente ao período de março/94 a março/98;
 - Item 2) aproveitamento indevido de crédito de ICMS consignado em notas fiscais cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco, após intimação, referente ao período de maio/96 a dezembro/97;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Item 3) saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal apuradas mediante LQFD, referente aos exercícios de 1996 e 1997;

Item 4) entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal apuradas mediante LQFD, referente ao exercício de 1996;

Item 5) falta de registro na repartição fazendária dos livros fiscais: LRS nº 6 e 7; LRE nº 8; LRAICMS nº 8 e LRI nº 2.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 1367/1386), por intermédio de seu procurador regularmente constituído.

Aduz que foram detectadas falhas na contabilidade realizada pelo contabilista anterior e, como medida, a empresa o demitiu e contratou outro profissional qualificado para corrigir a escrituração, oportunidade em que todos os seus livros fiscais foram verificados sendo que, naqueles em que se detectou algum tipo de problema, houve a devida retificação pelo atual contador, fato que englobaria 6 (seis) anos de livros retificados.

Alega que nesse ínterim o Juiz de Direito da 2ª Vara de Falências e Concordatas de Contagem/MG decretou a concordata preventiva da empresa, conforme processo nº 079.99.005.534-9.

Salienta que não obstante a falha detectada na escrituração do LRS e LRAICMS, o livro Diário foi escriturado corretamente, fato não observado pelo Fisco.

Afirma que se o livro fiscal não foi registrado na repartição fazendária conclui-se que o mesmo é sem valor, logo não pode servir como ponto de indicação de fraude na escrituração, ainda mais que o livro a ser registrado estará segundo as notas fiscais emitidas.

Afirma que todas as notas fiscais de entrada foram apresentadas ao Fisco, sendo que os protocolos de entrega foram feitos de maneira genérica, de forma a entender a efetiva entrega da documentação.

Argumenta que é muito comum o fornecedor emitir uma nota fiscal de mais de um produto como se conjunto fosse (exemplo: conjunto de saia e blusa ou calça e camisa, ou seja, duas peças como se uma fosse) e o vendedor ao emitir a nota fiscal de saída lançar como se fossem peças individuais (uma saia e uma blusa; uma calça e uma camisa), circunstâncias essas não observadas pelo Fisco no levantamento quantitativo.

Pede a realização de prova pericial, formulando quesitos.

Assevera que no caso específico da concordata, há evidente dificuldade da empresa em pagar suas dívidas, motivo pelo qual deve-se aplicar o disposto no art. 112-II do CTN para cancelamento das multas. Cita jurisprudência a respeito.

Acrescenta que a multa de revalidação de 50% representa confisco e que a Fazenda Pública feriu o princípio da legalidade ao utilizar a TR e a UFIR como índice

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de atualização do crédito tributário (cita jurisprudência a respeito). Ressalta que os juros de mora deveriam ser calculados à taxa de 1% a mês.

Requer a procedência da Impugnação.

Em manifestação de fls. 1391/1394, o Fisco refuta os termos da Impugnação.

Salienta que o recebimento do TIAF excluiu a possibilidade de denúncia espontânea concernente à retificação dos livros fiscais.

Assevera que independentemente de estar ou não regularmente escriturado o livro Diário, o mesmo não se destina à escrituração e apuração do ICMS, que deve ser efetuada nos livros próprios.

Aduz que todos os documentos e livros requisitados pelo TIAF foram devolvidos à Contribuinte, conforme recibo de fl. 04, não tendo a mesma apresentado as notas fiscais de aquisição dos produtos.

Afirma que o preenchimento das notas fiscais deve ser feita em conformidade com o disposto no art. 2º do Anexo V do RICMS/96 e art. 214 do RICMS/91, fato não observado pelo Autuada.

Argumenta que a falta de registro dos livros na repartição não os desclassificam, trata-se de descumprimento de obrigação acessória, para a qual foi aplicada a penalidade prevista no art. 54-II da Lei nº 6.763/75, sendo que foram esses livros, sem registro, os apresentados pela empresa em atendimento à intimação do TIAF.

Ressalta que as multas, juros e correção monetária foram aplicados em conformidade com a legislação tributária.

Pede a improcedência da Impugnação.

DA RETIFICAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Às fls. 1400/1402 o Fisco retifica o crédito tributário no que concerne à aplicação da MI prevista no art. 57 da Lei nº 6.763/75.

Em seguida foi concedido vista dos autos à Contribuinte que não se manifesta.

DO RECURSO DE AGRAVO

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante foi indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fl. 1.409.

Inconformada, a Autuada interpôs, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 1411/1418).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aduz que o despacho da Auditoria Fiscal de indeferir o requerimento da prova pericial com base no art. 116-I da CLTA/MG não foi motivado, fato que importa em cerceamento de defesa e conseqüente nulidade do ato (cita doutrina a respeito).

Salienta que a teor do disposto no art. 5º-LVI da CF/88 somente não serão admitidas nos procedimentos judiciais e administrativos os meios de prova considerados ilícitos e que a prova pericial requerida constitui o meio probatório hábil a elucidar a questão em apreço.

Requer o provimento do Recurso de Agravo para que seja realizada a perícia nos termos em que foi solicitada ou que seja devolvido os autos à Auditoria Fiscal para motivação da decisão.

A Auditoria Fiscal manteve a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1421/1428, opina pela procedência parcial Impugnação, conforme DCMM de fls. 1403/1404 dos autos.

A Auditoria Fiscal exara o despacho interlocutório de fls. 1.429, remetendo à Contribuinte o inteiro teor do parecer acima mencionado, onde com mais detalhes explicita os motivos do indeferimento do pedido de perícia suscitado, reabrindo-se, ainda, o prazo de 05 dias para vista/manifestação do sujeito passivo. O sujeito passivo se manifesta a respeito às fls. 1431/1434. A Auditoria Fiscal também se manifesta às fls. 1436.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial.

Nesse sentido, infere-se que os quesitos de fls. 1372/1373 foram formulados no intuito de atestar basicamente: 1) se houve troca de contador; 2) se os livros fiscais foram retificados pelo contabilista; 3) se o livro Diário encontra-se regularmente escriturado e se seus dados foram levados em consideração pelo Fisco e 4) qual o índice de correção monetária bem como o percentual da multa moratória aplicados.

Em sendo assim, entendemos que referidos questionamentos são irrelevantes para a elucidação do feito.

No que concerne à dita “falta de motivação” do indeferimento de perícia, infere-se pelo inteiro teor do despacho denegatório de fl. 1.409, que referido fato não ocorreu, haja vista que além da citação do art. 116, inciso I, da CLTA/MG, esta Auditoria Fiscal destacou que os quesitos formulados confundiam-se com o próprio *mérito* do trabalho fiscal que, no tempo oportuno, seria objeto de análise.

Assim, entendemos que o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, não havendo que se falar em cerceamento de defesa ou mesmo em nulidade do ato.

DO MÉRITO

Irregularidade 1 - escrituração dos livros fiscais em desacordo com os valores consignados nas respectivas notas fiscais.

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, os seus fundamentos serão utilizados como base para a motivação da decisão.

Referida irregularidade encontra-se discriminada no Anexo I de fls. 1346/1353 dos autos, onde o Fisco demonstra a divergência dos valores consignados nas notas fiscais em relação aos valores levados à tributação escriturados no livro Registro de Saídas, no período de março/94 a março/98.

Insta destacar que a Contribuinte admite a existência da aludida discrepância na escrituração dos livros fiscais, atribuindo tal fato a erro de contabilização praticado pelo seu antigo Contador, mas que referidas anomalias foram retificadas, sendo que deveria o Fisco ter analisado o livro Diário da empresa que encontra-se escriturado em conformidade com os valores consignados nas notas fiscais.

Não obstante, infere-se que o trabalho fiscal levado a efeito no estabelecimento da Impugnante iniciou-se em **05-10-98**, quando a mesma regularmente recebeu o TIAF nº 108951 (fl. 02), fato que exclui a possibilidade de denúncia espontânea, a teor do estatuído no art. 55 da CLTA/MG. Acrescente-se que em sua peça defensiva a Contribuinte não traz aos autos a aludida *retificação* dita realizada em seus livros fiscais nos últimos 6 (seis) anos, a fim de sanar as irregularidades praticadas.

No que concerne ao livro Diário, temos que o mesmo não se destina à apuração do imposto, cuja escrituração, obrigatoriamente, deve ser feita nos livros fiscais (LRE, LRS e LRAICMS) e não nos livros comerciais (Diário ou Razão), motivo pelo qual a presente irregularidade constatada pelo Fisco independe do fato do livro Diário estar ou não regularmente escriturado.

Ressalte-se, ainda, que a falta de registro dos livros fiscais na repartição fazendária apenas configura descumprimento de obrigação acessória que, por sua vez, foi motivo de aplicação de penalidade específica, fato que não invalida os dados neles escriturados, mesmo porque foram esses livros, sem registro, os apresentados pela Contribuinte ao Fisco em atendimento à intimação do TIAF.

Vale ainda destacar que a infração à legislação tributária é objetiva - art. 135 do CTN - que se encontra positivado na legislação mineira, conforme art. 2º, § 2º, da CLTA/MG, que estabelece:

“Salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato.”

Relativamente às penalidades isoladas, infere-se que o Fisco no período de março/94 a dezembro/97, aplicou a multa *não específica* prevista no art. 57 da Lei nº 6.763/75 e, a partir de janeiro/98, exige a penalidade de 10% prevista no art. 55 inciso XV da Lei nº 6.763/75 (redação dada pela Lei nº 12.729/97), conforme “Relatório Fiscal” de fl. 1.342 que foi entregue à Contribuinte juntamente com o AI, a teor dos documentos de fls. 1363/1364 dos autos.

Ressalte-se que às fls. 1401/1402 dos autos, o Fisco retificou os valores exigidos a título da aludida penalidade isolada prevista no art. 57 da Lei nº 6.763/75, no período em que vigeu o RICMS/91, adequando-a aos respectivos valores da UPFMG, conforme estabelecido no art. 863 do referido Regulamento.

Irregularidade 2 - aproveitamento indevido de crédito de ICMS consignado em notas fiscais de entradas cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco.

As notas fiscais a que se refere a presente irregularidade encontram-se discriminadas no Anexo II de fls. 19/21 dos autos e foram emitidas no período de maio/96 a dezembro/97.

Importante destacar que a Contribuinte foi intimada por duas vezes a apresentar a aludida documentação ao Fisco, conforme se infere do TIAF de fl. 02 dos autos lavrado em 05-10-98, e do termo de intimação de fls. 1335/1338, recebido pela Autuada em 30-11-98.

Acrescente-se que quando da lavratura do TO todos os documentos manuseados pelo Fisco foram devolvidos à Impugnante, conforme “recibo” de fl. 04 dos autos firmado pela mesma.

Como a Contribuinte não apresentou a primeira via das notas fiscais que acobertaram a entrada de mercadorias em seu estabelecimento reputamos correto o estorno do ICMS procedido pelo Fisco, que encontra respaldo no disposto no inciso VI dos artigos 153 do RICMS/91 e 70 do RICMS/96, além da aplicação da penalidade isolada de 40% prevista no art. 55, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, pela não apresentação ou extravio dos documentos.

Irregularidades 3 e 4) entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal apuradas mediante LQFD.

Insta destacar que o trabalho fiscal abrange os exercícios de 1996 e 1997 e encontra-se alicerçado em “Levantamento Quantitativo Financeiro Diário” (fls. 988/1333) que a teor do estatuído no art. 838, inciso III, do RICMS/91, e art. 194, inciso III, do RICMS/96, é considerado procedimento tecnicamente idôneo.

Ressalte-se que nos diversos quadros que compõem o trabalho realizado o Fisco discrimina os produtos, quantidades, valores bem como as notas fiscais consideradas, sendo que a contestação do Levantamento Quantitativo deveria ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou através de apresentação de novo

levantamento evidenciando e justificando as divergências encontradas, fatos não observados pela Impugnante.

Em sendo assim entendemos corretas as exigências de ICMS, MR e MI de 20% prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, no que concerne às saídas desacobertas, e MI de 10% capitulada no art. 55, inciso XXII, do mesmo diploma legal, aplicada em decorrência das entradas desacobertas.

Irregularidade 5) falta de registro na repartição fazendária dos livros fiscais: LRS nº 6 e 7; LRE nº 8; LRAICMS nº 8 e LRI nº 2.

Ressalte-se tão-somente que referida irregularidade não foi contestada pela Contribuinte, sendo que a penalidade encontra-se corretamente capitulada no art. 54, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Relativamente as alegações atinentes à ilegalidade e o efeito confiscatório das penalidades aplicadas, bem como do índice de correção dos débitos fiscais e juros de mora aplicados pela Fazenda Pública Estadual, registre-se apenas que o Fisco procedeu em conformidade com a legislação tributária ora vigente, em especial, os artigos 56, inciso II e 127 da Lei nº 6.763/75, dispositivos de aplicação obrigatória por parte desta Casa, a teor do disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Por fim, quanto à decretação da *concordata preventiva* vale destacar que em razão dos limites subjetivos da coisa julgada, as sentenças surtem efeitos exclusivamente *inter partes*, *ex vi* do art. 472 do CPC, motivo pelo qual entendemos que os julgados trazidos à colação referentes a aplicação do art. 112-II do CTN para cancelamento das multas aplicadas não têm o condão de suprimi-las do presente feito.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo Retido nos autos. No mérito, também, à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento, nos termos do bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia, Edwaldo Pereira de Salles e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 09/08/00.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente/Relator**