

Acórdão: 14.745/01/1^a
Impugnação: 40.10058470-79
Agravo Retido: 40.30102352-15
Impugnante/Agra: Casa das Cruzetas Ltda.
PTA/AI: 01.000118228-54
Inscrição Estadual: 186.832244.00-41
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS - Procedimento fiscal respaldado na norma inserta no artigo 153, inciso V, do RICMS/91. Exige-se ICMS e MR. Excluídas as exigências relativas ao exercício de 1993, por decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, haja vista o disposto no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional. Exigências parcialmente mantidas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - NOTAS FISCAIS QUE NÃO CORRESPONDERAM A EFETIVA ENTRADA DE MERCADORIA. Irregularidade comprovada nos autos no que concerne às notas emitidas pela empresa Lagoa Comercial Ltda. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso IV da Lei nº 6.763/75. Exclusão das exigências fiscais decorrentes das aquisições feitas da empresa Belpex Comércio e Rep. Ltda., por não restar evidenciada, satisfatoriamente, tal acusação. Exigências parcialmente mantidas.

ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA - Divergência entre os valores das notas fiscais e os lançados no LRS. Infração caracterizada. Exige-se ICMS e MR. Exigências fiscais mantidas.

EMPRESA DE PEQUENO PORTE - EPP - DESENQUADRAMENTO - Inobservância das disposições contidas no artigo 18, inciso V, § 4º da Lei nº 10.992/92. Exclui-se ICMS e Multa de Revalidação exigidos em face do desenquadramento da empresa da condição de EPP, anteriores a março de 1996, em decorrência do acatamento das aquisições feitos à empresa Belpex Comércio e Rep. Ltda. Exigências parcialmente canceladas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de incorrer nas seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas, referente ao período de setembro/93 a fevereiro/94;

2) aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais que não corresponderam a efetivas entradas de mercadorias, referente ao período de março/94 e maio/97;

3) lançamento no LRS de somas dos valores totais e dos débitos de ICMS de notas fiscais de sua emissão menores que os reais, referente a setembro/97;

4) utilização indevida da redução do saldo do ICMS para empresas de pequeno porte (EPP) uma vez que deixou de ter direito a essa condição devido a infringência relacionada no item 2, a partir do mês de setembro/95.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 430/435 dos autos, aos seguintes argumentos:

- requer, preliminarmente, a exclusão do período de 30/09/93 a 30/09/94 pois entende ter ocorrido sua prescrição/decadência já que o Auto de Infração só foi lavrado em 11/11/99;

- garante que tanto as notas ditas inidôneas como aquelas tidas como não correspondentes a mercadorias efetivamente adquiridas acompanharam mercadorias que entraram em seu estabelecimento, formaram estoque e saíram acobertadas com notas fiscais, tudo devidamente escriturado;

- indaga que não tinha como saber que as notas eram inidôneas, já que nelas estavam presentes todos os requisitos legais extrínsecos e intrínsecos;

- acrescenta que, além disso, as notas fiscais tidas como inidôneas são de 1993 e os atos declaratórios datam de 15/12/97 e 15/01/98;

- diz que as exigências dos itens 3 e 4 do Auto de Infração são incertas mencionando que não foi possível concluir a conferência dos lançamentos pois os livros e documentos ainda se encontram em poder da repartição e que não lhe foram devolvidas as duplicatas devidamente quitadas nem as notas fiscais 000002 a 000007, série "D" concluindo que esse fato acarretou-lhe cerceamento de defesa. Requer lhe sejam restituídos os livros e documentos ainda em poder do Fisco com devolução do prazo para aditamento da Impugnação;

- diz que as multas cobradas são absurdas, configuram verdadeiro confisco, e menciona decisão desta Casa e opinião doutrinária acerca do tema;

- solicita aplicação do permissivo legal por ausência de dolo, má-fé ou simulação e, em seguida requer a produção de prova pericial, formulando quesitos.

Ao final, pede a procedência da Impugnação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Antes de manifestar-se, o Fisco providenciou a devolução de alguns documentos da Impugnante que ainda se encontravam na repartição, informando, entretanto que não recebeu duplicatas quitadas nem notas fiscais série "D" de n.º 00002 a 00007. Em razão disso, foi reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para que a Impugnante efetuasse o pagamento com redução ou apresentasse nova Impugnação.

A Defendente, portanto, comparece novamente aos autos, às fls. 448/454, através de seu sócio gerente.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 460/468, às seguintes assertivas:

- diz que o TIAF foi assinado pelo sócio da Contribuinte em 14/11/97 e o Termo de Ocorrência em 15/05/98, possibilitando dessa forma, que a verificação fiscal possa retroagir a 15/11/92;

- aduz que a CLTA estabelece que o TIAF e o TO são as medidas preparatórias indispensáveis ao lançamento do crédito tributário e que o Auto de Infração, documento que formaliza o crédito, não pode ser tomado como marco inicial de contagem de prazo decadencial para fins de lançamento;

- entende que nos termos do § 4º do artigo 150 e parágrafo único do artigo 173 o lançamento foi efetuado tempestivamente e que o prazo decadencial para que se conclua o lançamento terá início a partir da data da notificação ao sujeito passivo "da primeira medida preparatória indispensável" que se tiver efetuado. Apresenta decisões judiciais que corroboram seu entendimento;

- menciona os Atos Declaratórios e os motivos pelos quais as notas fiscais da empresa "Conepeças Ltda." foram declaradas inidôneas e considera que inexistente argumentação capaz de elidir estas irregularidades;

- alega que apesar de intimada a Autuada não apresentou nenhum comprovante de recebimento das mercadorias mencionadas na intimação;

- apresenta às fls. 396/407 do PTA cópias de notas fiscais emitidas pela Lagoa Comercial Ltda. com numeração idêntica às encontradas nos registros da Impugnante (fls. 84/95) porém com destinatários e valores diferentes, o que evidencia transferência fraudulenta de crédito de ICMS por parte da Lagoa Comercial Ltda. e aproveitamento indevido de crédito por parte da Autuada;

- informa que a comparação entre duas vias de uma mesma nota fiscal evidencia que os valores lançados nas 1.ªs vias são muito superiores aos valores das 5.ªs vias, o que permite que a Lagoa transfira créditos de ICMS significativos para a Impugnante e escriture débitos ínfimos de ICMS correspondentes;

- anexa aos autos cópias extraídas do "SICAF" da conta corrente da empresa Lagoa Comercial Ltda., referentes aos exercícios de 1996 e 1997;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- discorda da alegação de cerceamento de defesa defendida pela Autuada e informa que toda a documentação analisada pelo Fisco já lhe foi devolvida, em 18.06.98 (fl. 178), com reabertura de prazo para "Fatos Novos" e em 30.03.2000 (fl. 445) com reabertura de prazo para Impugnação;

- destaca que dentre os documentos devolvidos encontram-se as cópias reprográficas das notas fiscais de saída mod. 1 de n.ºs 000.778 a 000.854 (setembro/97) e registro de saída e apuração (folhas soltas referentes ao mês de setembro/97);

- salienta que o valor da diferença de ICMS apurado no item 3 do Auto de Infração, demonstrado à fl. 31, refere-se à diferença entre o valor registrado no LRS e o somatório das notas de números 000.778 a 000.854 (fls. 97/172);

- esclarece que as notas fiscais série "D", números 000.002 a 000.007, mencionadas pela Autuada, não foram entregues à fiscalização e que também não foram consideradas no trabalho fiscal e que as tais "duplicatas devidamente quitadas" também não foram entregues e se existissem não teriam nenhuma relação com as irregularidades apuradas;

- assevera que as penalidades aplicadas estão de acordo com a Lei n.º 6.763/75;

- diz que os quesitos formulados pela Autuada em sua solicitação de perícia, todos relacionados às notas inidôneas, tornam-na perfeitamente dispensável, pois as notas fiscais de fls. 46/56 foram declaradas inidôneas pelos Atos de fls. 40/42 realizados nos termos do Regulamento e da Resolução n.º 1.926/89;

- salienta que os Atos Declaratórios nunca foram questionados pela empresa "Conepeças Comercial Ltda.";

- informa, ainda, que efetuou diligência para verificar a regularidade da empresa Lagoa Comercial e que no endereço inscrito não existe nenhuma empresa em funcionamento;

- garante que nunca existiram as transações comerciais apregoadas.

Por fim, pede a improcedência da Impugnação.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fl. 475.

Irresignada, a Autuada interpõe, intempestivamente, Recurso de Agravo, às fls. 478/479 dos autos, às seguintes argumentações:

- sustenta que somente uma perícia resolveria a questão tratada nos autos, sob pena de ocorrer cerceamento de defesa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- entende que o órgão julgador deve nomear o perito, dar direito às partes de formular quesitos suplementares e indicar peritos assistentes já que o simples exame dos autos não é suficiente para o conhecimento técnico da matéria suscitada;

- manifesta seu receio de ser compelida a responder por irregularidades, sem prova material contundente e ainda pagar multas sem devê-las.

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

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 486/492, propugna, em preliminar pelo não provimento do Recurso de Agravo, dada sua intempestividade e, quanto ao mérito pela procedência parcial do lançamento, para excluir as exigências referentes aos estornos das Notas Fiscais inidôneas, as exigências decorrentes dos estornos das aquisições da empresa Belpex Com. Rep. Ltda. e, ainda, as exigências de ICMS e Multa de Revalidação decorrentes do desenquadramento da empresa da condição de Empresa de Pequeno Porte, anteriores a março de 1996.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de incorrer nas seguintes irregularidades:

1) aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas, referente ao período de setembro/93 a fevereiro/94;

2) aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais que não corresponderam a efetivas entradas de mercadorias, referente ao período de março/94 e maio/97;

3) lançamento no LRS de somas dos valores totais e dos débitos de ICMS de notas fiscais de sua emissão menores que os reais, referente a setembro/97;

4) utilização indevida da redução do saldo do ICMS para empresas de pequeno porte (EPP) uma vez que deixou de ter direito a essa condição devido a infringência relacionada no item 2, a partir do mês de setembro/95.

Do Recurso de Agravo Retido nos Autos

Inicialmente, ainda que inequívoca a intempestividade do Recurso de Agravo, destacamos que a produção de prova pericial evidencia-se desnecessária, já que a gama de documentos acostados aos autos bastam para a perfeita apreensão da matéria aqui tratada e para o pleno convencimento dos julgadores.

Ademais, a prova pericial deve ser realizada somente nos casos em que for estritamente necessária para o correto entendimento ou elucidação de questões controversas, o que não é o caso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, considerando que a negativa de produção da prova em comento não cerceou o direito de defesa da Impugnante, temos por assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988), sendo o requerimento de perícia corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

Da Decadência

Concordamos com o pleito da Impugnante de que seja excluído do crédito tributário o período autuado de 1993.

No que concerne ao exercício de 1993, entendemos que ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário haja vista o inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional. O prazo de 05 (cinco) anos previsto no "caput" do referido dispositivo começaria a contar a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado – 01/01/1994, e extinguir-se-ia em 31/12/98.

Tendo sido o Auto de Infração lavrado e intimado à Contribuinte em 11/11/1999 e 07/12/1999, respectivamente, já estaria fora do prazo previsto e portanto o crédito não poderia ser exigido por já se encontrar sob os efeitos da decadência.

Cabe aqui comentarmos sobre a interpretação do artigo 173 do Código Tributário Nacional que dispõe sobre a decadência em matéria tributária e especialmente sobre a ressalva à regra geral do inciso do referido dispositivo, prevista em seu parágrafo único.

A definição do termo inicial para contagem do prazo decadencial já por muitas vezes foi objeto de controvérsias face à existência dos documentos, TIAF, TADO e TO, previstos em nossa legislação à época da autuação fiscal.

Entendemos, entretanto, que somente o Auto de Infração tem a prerrogativa de ser o documento formalizador do crédito tributário, conforme disposto no artigo 58 da CLTA/MG, abaixo transcrito:

“Art. 58 - O lançamento do crédito tributário será formalizado mediante Auto de Infração”

Destacamos aqui o postulado do Professor José Alfredo Borges, Procurador da Fazenda Pública Estadual, acerca do assunto: *“a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o Estado-membro ou Distrito Federal tem 05 (cinco) anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.”*

Portanto, face a esse entendimento, as datas de lavratura e notificação do TIAF (14/11/97) e do TO (15/05 e 26/05 de 1998) não têm aqui nenhuma relação com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a contagem do prazo decadencial já que este deve ser contado a partir do recebimento do Auto de Infração.

Do Cerceamento de Defesa

Ao contrário do que alega a Impugnante, não vislumbramos qualquer tipo de cerceamento ao seu direito de defesa.

O trabalho fiscal está instruído com todos os documentos necessários; as cópias das notas que motivaram a autuação constante do item 3 do Auto de Infração bem como todos os livros fiscais da Impugnante lhe foram devolvidos conforme recibos de fls. 178 e 445.

Com relação a duplicatas quitadas e notas fiscais série "D" que a Impugnante afirma ter entregue ao Fisco e não tê-las recebido de volta, temos que não restou comprovada a afirmativa de entrega de tal documentação. Assim, não há como aceitar-se a tese de cerceamento ao direito de defesa pela não devolução de documentos quando sua efetiva entrega não ficar comprovada.

Do Mérito

Irregularidade 1

Quanto ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas, referente ao período de 1993, exige-se ICMS, apurado após recomposição da conta gráfica da Contribuinte, acrescido da Multa de Revalidação.

As Notas Fiscais inidôneas que motivaram a ação do Fisco encontram-se discriminadas nos quadros de fls. 14 e 18, as cópias das notas fiscais encontram-se às fls. 46/56 e os Atos Declaratórios de Inidoneidade estão às fls. 40/42, existindo nestes últimos, informação sobre o motivo específico de sua lavratura e sobre a data de sua publicação no "Minas Gerais".

Quanto à tal irregularidade, ressaltamos os motivos destacados na preliminar de decadência para excluir o crédito relativo ao período de 1993, por estar sob os efeitos da decadência à data da lavratura do Auto de Infração.

Relativamente ao período de 1994, temos que o procedimento fiscal tem respaldo na norma inserta no artigo 153, inciso V, do RICMS/91, que estabelece que não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações subsequentes a operação ou prestação acobertada por documento fiscal falso ou inidôneo, salvo prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago.

A Impugnante não traz aos autos nenhuma comprovação de pagamento do imposto devido pelo emitente, e nem tampouco prova da efetividade da operação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

questionada ou do pagamento efetuado ao emitente das mesmas pela aquisição de dita mercadoria.

Saliente-se que o Ato Declaratório decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, sendo esse providenciado nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas nos incisos I a IV, do artigo 3º, da referida Resolução.

No presente caso, a Impugnante responde solidariamente com a emitente da Nota Fiscal, “Conepeças Comercial Ltda.,” pelo recolhimento do imposto nos termos do artigo 21, inciso VII, da Lei nº 6.763/75, a saber:

“Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....
VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacobertada de documento fiscal;
.....”

A alegação de desconhecimento da situação de inidoneidade dos documentos fiscais cujos créditos foram estornados não elidem o feito fiscal, tendo em vista o disposto no artigo 136 do Código Tributário Nacional.

Com relação ao argumento da Impugnante de que as glosas de crédito não seriam pertinentes pelo fato de serem as operações autuadas anteriores à publicação do Ato, mencionamos que o Ato Declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a sua data de lavratura ou publicação.

São pacíficos na doutrina os efeitos “ex tunc” do Ato Declaratório, pois não é o ato em si que impregna os documentos de inidoneidade/falsidade, já que tais vícios os acompanham desde suas emissões.

Portanto temos por legítimas as exigências relativas ao período autuado de 1994.

Irregularidade 2

Quanto ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais que não corresponderam a efetivas entradas de mercadorias, referente ao período compreendido entre março de 1994 e maio de 1997, exige-se ICMS, apurado após recomposição da conta gráfica, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada, prevista no inciso IV do artigo 55 da Lei nº 6.763/75

Referem-se às notas anexadas às fls. 57/95, emitidas pelas empresas Belpex Comércio e Representações Ltda. e Lagoa Comercial Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Temos que tal irregularidade está irrefragavelmente comprovada nos autos no que concerne às notas emitidas pela empresa Lagoa Comercial Ltda., através do confronto entre as notas de fls. 84/95 e 396/407, onde se pode observar a diferença entre destinatários, valores, etc., lançados nas primeiras e quintas vias das notas fiscais, e, ainda, pela existência da intimação de fl. 11, onde o Fisco solicita comprovação da aquisição das mercadorias, sem obter resposta da Impugnante.

De outro bordo, o mesmo não se pode dizer com relação às notas emitidas pela empresa Belpex Comércio e Rep. Ltda., pois o Fisco não comprova satisfatoriamente sua acusação limitando-se a apresentar a intimação não atendida.

Assim, temos a procedência parcial das exigências deste item do Auto de Infração, com a exclusão das exigências decorrentes dos estornos das aquisições da empresa Belpex Comércio e Rep. Ltda..

Irregularidade 3

Refere-se a lançamento no Livro Registro de Saída de somas dos valores totais e dos débitos de ICMS de notas fiscais de sua emissão menores que os reais, referente ao período de setembro de 1997.

A acusação fiscal restringe-se à diferença entre a soma das notas de n.º 778 à 854, que corresponde a R\$ 14.936,31 (quatorze mil, novecentos e trinta e seis reais e trinta e um centavos), registrada por R\$ 9.577,31 (nove mil, quinhentos e setenta e sete reais e trinta e um centavos).

Neste sentido, temos por corretas as exigências fiscais quanto à este ponto do Auto de Infração.

Irregularidade 4

Refere-se à recolhimento a menor de ICMS em virtude de utilização indevida da redução do saldo do ICMS para empresas de pequeno porte (EPP) uma vez que a Impugnante deixou de ter direito a essa condição devido a infringência relacionada no item 2, a partir do mês de setembro de 1995.

Observáveis as seguintes disposições da Lei n.º 10.992/92:

“Art. 18 - Perderá a condição de microempresa, de empresa de pequeno porte, de microprodutor ou de produtor de pequeno porte aquele que:

.....

V - tenha praticado atos qualificados em lei como crime ou contravenção e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação, ou sejam resultantes de conluio entre duas ou mais pessoas.

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 4.º - Nas hipóteses previstas nos incisos III e V, o desenquadramento será determinado de ofício e retroagirá à data da prática da infração, sem prejuízo de outras medidas de fiscalização e, se for o caso, da ação penal cabível.”

Mantendo coerência com nossa conclusão do item 2 e com a legislação acima transcrita, temos que devem ser excluídos o ICMS e a Multa de Revalidação exigidos em função do desenquadramento da empresa da condição de EPP, anteriores a março de 1996, mês a partir do qual a Impugnante passou a se aproveitar dos créditos destacados nas notas emitidas pela empresa Lagoa Comercial Ltda.

Isso posto, em caráter conclusivo, com relação à solicitação de aplicação de permissivo legal entendemos como inaplicável à situação dos autos pois das infrações apuradas resultou falta de recolhimento de tributo (item 3, do § 5.º do artigo 53, da Lei nº 6.763/75).

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não se conhecer do Recurso de Agravo por estar intempestivo. Ainda em preliminar, também à unanimidade, em rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa em face da devolução dos documentos à Impugnante. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir do crédito tributário as exigências relativas ao exercício de 1993, bem como as exigências decorrentes dos estornos das aquisições da empresa Belpex Com. Rep. Ltda. e, ainda, as exigências de ICMS e MR decorrentes do desenquadramento da empresa da condição de EPP, anteriores a março de 1996. Vencido, em parte o Conselheiro José Luiz Ricardo que mantinha as exigências relativas ao exercício de 1993. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões e Edmundo Spencer Martins (Revisor).

Sala das Sessões, 19/03/01.

José Luiz Ricardo
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

MLR/G