

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.174/01/1<sup>a</sup>

Impugnações: 40.010103066-84 (Aut.), 40.010103067-65 (Coob.)

Impugnantes: Futura Tratores e Máquinas Ltda. (Aut.)  
Demosthenes M de Oliveira Júnior (Coob.)

Proc. do Sujeito Passivo: Moacyr Amâncio de Souza (Coob. e Aut.)

PTA/AI: 01.000125001-76

Inscrição Estadual: 062.938468.00-19

Origem: AF/Belo Horizonte

Rito: Ordinário

### **EMENTA**

**BASE DE CÁLCULO – CALÇAMENTO.** Evidenciado que a Autuada consignou adquirentes, mercadorias e valores diferentes nas respectivas vias das notas fiscais. Infração caracterizada. Exigências mantidas.

**CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTA FISCAL INIDÔNEA.** Apropriação indevida de crédito de ICMS proveniente de notas fiscais declaradas inidôneas e cujas mercadorias não entraram no estabelecimento (entradas fictícias). Infração caracterizada. Exclusão da Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso IV, da Lei n.º 6.763/75, por não restar comprovado que as mercadorias adentraram ou não no estabelecimento da Autuada. Exigências parcialmente mantidas.

**MICROEMPRESA – DESENQUADRAMENTO.** Evidenciado que a Autuada manteve-se indevidamente enquadrada na condição de Empresa de Pequeno Porte nos termos do artigo 16, incisos IV e VI da Lei n.º 12.708/97. Infração caracterizada. Exigências mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita a Contribuinte de ter incorrido nas seguintes irregularidades, constatadas através de Verificação Fiscal Analítica:

1) Recolhimento a menor do ICMS, no período de outubro/95 a outubro/98, em virtude de:

- calçamento de notas fiscais (consignou adquirentes, mercadorias, e valores diferentes nas respectivas vias das notas fiscais);

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- aproveitamento indevido de crédito de ICMS, decorrente de registro de notas fiscais declaradas inidôneas e cujas mercadorias não entraram no estabelecimento (compras fictícias);

2) Manter-se indevidamente enquadrada na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), a partir de abril/98.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1240/1244, aos seguintes argumentos:

- as operações referentes aos meses de outubro a dezembro de 1995 devem ser excluídas da base de cálculo do presente Auto de Infração por terem sido alcançadas pela prescrição, visto que este foi emitido em 22/12/00;

- não foram anexados aos autos os atos declaratórios da inidoneidade das empresas com que comercializou;

- a declaração de inidoneidade por ter sido feita após a realização das operações não pode atingi-la;

- não restou demonstrado nos autos que não houve a entrada das mercadorias no estabelecimento do adquirente;

- o fisco não realizou a Verificação Fiscal Analítica com o zelo que o procedimento requer, tendo inclusive errado em alguns itens desta verificação;

- com relação às notas fiscais n°s 000.004, 000.024, 000.033, 000.037, 000.116, 000.147, 000.226, 000.284, 000.537, 000.543 e 001.091 pode garantir que o adquirente das mercadorias é o mesmo consignado na via fixa, portanto requer prazo para comprovar este fato;

- nas vias das notas fiscais que o Fisco não conseguiu identificar o adquirente foi consignado valor arbitrado com aplicação de coeficiente por presunção, sem que tenham sido exauridos todos os meios para se alcançar a apuração dos fatos.

Pede ao final a procedência da Impugnação.

Inconformado o Coobrigado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1256/1258, aos fundamentos seguintes:

- nunca exerceu cargo de direção na empresa Autuada, não tendo portanto em momento algum se relacionado com a mesma;

- através de levantamento na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais é possível constatar que em nenhum momento da atividade da empresa seu nome aparece;

- transcreve os artigos 112, 121 e 124 do Código Tributário Nacional e jurisprudência corroborando seu entendimento.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requer sua exclusão do pólo passivo do presente Auto de Infração.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado pelos Impugnantes, às fls. 1263/1268, aos seguintes argumentos:

- entende ser devida a exclusão do crédito tributário relativo ao mês de outubro de 1995 do presente Auto de Infração;

- os atos declaratórios de inidoneidade foram juntados aos autos às fls. 951/965 e os mesmos se referem a inexistência de fato do estabelecimento emitente das notas fiscais;

- diante disso temos que a Autuada registrou entradas fictícias, uma vez que seus supostos fornecedores não tinham mercadorias para venda, pois sequer estavam estabelecidos;

- não errou ao realizar a Verificação Fiscal Analítica visto que constatou efetivamente que a Autuada fez constar na via fixa valor superior ao da operação, além disso somente fez constar no relatório adquirente não identificado após vasta investigação;

- com relação às notas fiscais nºs 000.004, 000.024, 000.033, 000.037, 000.116, 000.284, 000.537, 000.543 e 001.091 os adquirentes constantes de suas vias fixas atestaram não terem feito as aquisições;

- as notas fiscais nºs 000.147 e 000.226 não apresentaram irregularidades e não constam no quadro 03 (adquirente não identificado);

- o arbitramento foi realizado com base na legislação tributária estadual;

- os documentos apensados aos autos e os fatos nos mesmos relatados apontam o Coobrigado como partícipe e principal envolvido, tais como declarações de que o mesmo era o responsável pela gerência da empresa e sua assinatura em diversos documentos desta empresa, dentre outros.

Pede a manutenção integral do crédito tributário.

A ACT/AF/BH comparece aos autos às fls. 1311/1313, aos seguintes fundamentos:

- o instituto a ser evocado pela Autuada deve ser o da decadência e não o da prescrição e com relação aos meses de out/dez de 1995 não há que se falar em decadência nos termos do Código Tributário Nacional;

- o ato declaratório produz efeito *ex tunc*, visto que o mesmo reconhece e afirma uma situação preexistente que impossibilita o creditamento do imposto destacado nos documentos fiscais.

Ao final ratifica os outros aspectos da Manifestação Fiscal.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1316/1325, opina pela procedência parcial do lançamento.

### **DECISÃO**

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita a Contribuinte de ter incorrido nas seguintes irregularidades, constatadas através de Verificação Fiscal Analítica:

1) Recolhimento a menor do ICMS, no período de outubro/95 a outubro/98, em virtude de:

- calçamento de notas fiscais (consignou adquirentes, mercadorias, e valores diferentes nas respectivas vias das notas fiscais);

- aproveitamento indevido de crédito de ICMS, decorrente de registro de notas fiscais declaradas inidôneas e cujas mercadorias não entraram no estabelecimento (compras fictícias);

2) Manter-se indevidamente enquadrada na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), a partir de abril/98.

### **Das Preliminares**

O artigo 173 do Código Tributário Nacional trata da decadência do direito de lançar. Nele foi estabelecido o prazo que a Fazenda Pública tem para constituir o crédito tributário, sendo que este é de 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (inciso I), ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado o lançamento anteriormente efetuado (inciso II).

Na hipótese dos autos temos a lavratura do Auto de Infração em 22/12/2000, sendo que a Autuada foi intimada em 27/12/2000, o que demonstra que até esta última data a Fazenda Pública ainda poderia exercer seu direito previsto no artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Desta forma temos que não tem como prosperar a alegação de que ocorreu decadência ou prescrição, visto que somente a partir de janeiro de 2001 é que perderia a Fazenda o direito de constituir o crédito tributário relativo ao período de outubro a dezembro de 1995.

No tocante à inclusão do Sr. Demosthenes Meneses de Oliveira Júnior como Coobrigado é necessário salientar que apesar do mesmo não participar formalmente da composição societária, gerencial ou administrativa da empresa Autuada temos que diversos documentos juntados aos autos demonstram efetivamente que o mesmo estava diretamente envolvido com as atividades desta empresa. Alguns dos documentos anexados ao presente PTA comprovam ainda seu envolvimento das irregularidades que

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

resultaram na lavratura do Auto de Infração em análise, e portanto foi correta sua inclusão no polo passivo, nos termos do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75.

Nesse sentido (e tomando como base a assinatura ou rubrica do Coobrigado constante nos documentos de fls. 974 a 980, 990, 1009 a 1013, dentre outros), podemos destacar, a título ilustrativo, os seguintes fatos:

- 1) passou recibo em nome da Autuada apondo sua rubrica sobre o carimbo de “recebemos” em diversas notas fiscais (exemplo: fls. 1031, 1036, 1040 e 1059 a 1069);
- 2) rubricou diversas notas fiscais de aquisições de produtos pela Autuada, dando mostra de atos autorizativos (exemplo: fls. 950, 952, 954, 957, 958 e 960);
- 3) assinou pela Autuada cheque (fl. 1024) e borderôs bancários (fls. 1027 a 1032);
- 4) assinou pela Autuada em documentos de comunicação de incorreção de nota fiscal (fl. 1041);
- 5) produtos adquiridos pela Autuada foram entregues no endereço residencial do Sr. Demosthenes que consta de sua Impugnação (notas fiscais de fls. 1022, 1038 e 1048);

Assim, entendemos restar caracterizado o envolvimento do Coobrigado na gerência da empresa que foi autuada pela prática das irregularidades questionadas.

### **Do Mérito**

O calçamento das notas fiscais tendo em vista a consignação de adquirentes, mercadorias, e valores diferentes nas respectivas vias das notas fiscais foi demonstrado pela fiscalização através do quadro 02. Nele podemos perceber a diferença de valores existente entre as 1<sup>as</sup> vias das notas fiscais e as respectivas vias fixas.

A constatação de consignação de adquirentes fictícios nas notas fiscais pôde ser realizada através da declaração dos supostos adquirentes, pois estes após consultados pelo fisco afirmaram nunca ter efetuado aquisições junto ao estabelecimento da empresa Impugnante.

Tendo em vista o calçamento averiguado no momento da Verificação Fiscal Analítica foi necessário o emprego do arbitramento para cálculo do imposto devido tal como preconiza a legislação tributária estadual.

A peça impugnatória da Autuada traduz em um de seus itens de defesa a observação de que somente após a realização da operação de circulação de mercadoria é que foram declaradas inidôneas as empresas com quem comercializou e que os efeitos advindos desta declaração não podem atingir fatos pretéritos.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que se refere ao Ato Declaratório de Inidoneidade, cumpre salientar que o mesmo apenas torna pública uma situação preexistente. A fiscalização, ao constatar uma situação irregular já preexistente, mediante diligência específica ou a requerimento do interessado proclama o fato através de Ato Declaratório. Ademais a situação não se torna errada pela declaração, mas pela irregularidade que se apresenta.

O ato declaratório decorre da realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, sendo providenciado, nos termos do artigo 1º da Resolução da SEF n.º 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas nos incisos do artigo 3º desta Resolução.

Ensina o ilustre Prof. Aliomar Baleeiro, em sua obra Direito Tributário Brasileiro, que:

*“Já o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espançando dúvidas e incertezas.*

*Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex tunc).”*

Neste sentido, depreende-se a legitimidade do procedimento fiscal, tendo em vista que a edição dos Atos Declaratórios se deu em conformidade com a legislação, ou seja, artigo 1º, da Resolução n.º 1.926/89 e, além disso, anteriormente ao início da ação fiscal.

Da análise dos autos não constatamos com relação às empresas Distribuidora Mineira Ltda. e Comercial J. F. Ltda. que não houve a concretização das operações, e devido a este fato entendemos necessária a exclusão da penalidade prevista no inciso IV do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75.

O artigo 16 da Lei n.º 12.708/97 estabeleceu as hipóteses em que as empresas perderão a condição de Empresa de Pequeno Porte e tendo em vista o teor deste dispositivo legal temos que a Autuada praticou as condutas previstas no mesmo e devido a isso desde abril de 1998 havia perdido a condição de EPP, tendo no entanto se mantido irregularmente nesta condição desde esta data.

Acrescente-se ainda que, em 13 de abril de 2001, anteriormente à lavratura do Auto de Infração que se deu em 22 de dezembro de 2000, a empresa Futura Tratores e Máquinas Ltda. foi bloqueada, compulsoriamente, face a inexistência de estabelecimento no endereço inscrito, sendo que todos os seus documentos emitidos a partir de 1º de março de 1999, foram declarados inidôneos (ato publicado em 19 de setembro de 2000).

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar integralmente as infrações.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir das exigências fiscais a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso IV, da Lei n.º 6.763/75. Vencido, em parte o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões que excluía também o Coobrigado Demosthenes M. de Oliveira Júnior do pólo passivo da obrigação tributária. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Roberto Portes Ribeiro de Oliveira. Participaram do julgamento, além do supramencionado e dos signatários, o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor).

**Sala das Sessões, 05/09/01.**

**José Luiz Ricardo**  
**Presidente**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão**  
**Relatora**

MLR/RC