

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 13.941/00/2^a
Impugnação: 40.10058418-61
Agravo Retido: 40.30101370-43
Impugnante/Agravante: Comercial Importadora New Star Ltda. (Aécio Comércio e Importação de Máquinas de Costura Ltda.)
Advogado: Janir Adir Moreira/Outros
PTA/AI: 01.000115745-16
Inscrição Estadual: 062.567236.00-08
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Recurso de Agravo - Perícia - Constatam dos autos elementos de prova que suprem a perícia requerida, tornando-a desnecessária. Recurso não provido. Decisão preliminar tomada à unanimidade de votos.

Crédito Tributário - Decadência - Inobservância das determinações expressas no art. 173, inciso I, do CTN-Lei n.º 5.172/66, o que determina decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário relativamente aos exercícios de 1992 e 1.993. Decisão preliminar tomada à unanimidade de votos.

Base de Cálculo - Subfaturamento - Constatada a venda de mercadoria com os valores das operações inferiores aos realmente praticados. Mantidas as exigências fiscais apenas das operações em que o faturamento restou materializado nos autos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Versa a autuação (fls. 259/260) sobre a constatação, mediante verificação fiscal analítica baseada na circularização de cartas aos clientes da Autuada, confrontação de dados relativos a valores de vendas lançados nas notas fiscais e os valores reais das operações, fornecidos pelos compradores, de que o contribuinte acima qualificado, promoveu venda de mercadorias, no período de julho de 1992 a setembro de 1994, lançando valores subfaturados nas notas fiscais, ou seja, inferiores aos realmente praticados.

Realizou-se arbitramento da base de cálculo real, baseada na proporção obtida por meio dos documentos em poder da fiscalização cujos conteúdos indicavam que a Autuada promovera vendas de mercadorias, no período de Julho/1992 a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Setembro/1994, lançando valores subfaturados nas notas fiscais, ou seja, inferiores aos realmente praticados. Foi o Auto de Infração lavrado em 04 de outubro de 1999.

A Autuada impugna (fls. 266/278), apresentando a sua razão de impugnar e, concluindo, ao final, requerendo o cancelamento do Auto de Infração. Formula pedido de produção de prova pericial, apresentando quesitos.

Em manifestação de fls. 288/292, o Fisco apresenta a Réplica propugnando pela manutenção do feito fiscal.

A auditoria, às fls. 296, indeferiu o pedido de perícia, razão pela qual a Autuada interpôs Recurso de Agravo, tempestivamente, às fls. 298/300.

A Auditoria, por sua vez (fls. 304/312), assim manifesta: quanto ao Recurso de agravo retido nos autos, entende que deve ao mesmo ser negado o provimento, uma vez o que dos autos consta é suficiente para a elucidação dos fatos; quanto ao mérito, entende que há decadência quanto aos períodos de 1992 e 1993; quanto ao período de 1994, entende corretas as exigências fiscais, opinando pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos podem ser respondidos com base na escrita fiscal da Autuada.

Assim, os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se despicando o objeto da perícia requerida, motivo pelo qual não foi dado provimento ao Recurso de Agravo retido.

Do Mérito

Embora a Impugnante não tenha se manifestado sobre o crédito tributário referente ao exercício de 1992 e 1993, estes encontram-se sob os efeitos da decadência.

Nos termos do art. 173, I, do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.”

Já o parágrafo único do referido artigo estabelece que “o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso de prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

De acordo com o entendimento do Procurador da Fazenda Pública Estadual, Professor José Alfredo Borges, “a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o Estado-membro ou o Distrito Federal têm 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 respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.”

No caso em exame, somos pela aplicação da decadência aos créditos tributários relativos aos exercícios de 1992 e 1993, posto que a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder a constituição do crédito tributário iniciou-se em 01.01.93 e 01.01.94, respectivamente, findando-se em 31.12.97 e 31.12.98. Destacamos que o Auto de Infração foi lavrado em 04.10.99, sendo a intimação efetivada na data de 18.10.99.

O art. 56, inciso II da CLTA/MG, dispõe: “*A exigência do crédito tributário será formalizada mediante: II - Auto de Infração, nos demais casos*”.

Assim, apesar de o TIAF e o TO terem sido lavrados no exercício de 1997, tal fato não se presta como argumento para o Fisco alongar o prazo decadencial, vez que o disposto no parágrafo único do art. 173 do CTN somente o antecipa em relação à regra geral.

Segundo manifestação da DOT/DLT/SRE (CFC n.º 622/95), “não se deve confundir termo (marco) inicial de contagem com termo (marco) final de contagem. O TIAF, TO e TADO, enquanto medidas preparatórias são, desde que lavrados e notificados antes do primeiro dia do exercício subsequente ao da ocorrência do F.G. e desde que tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação no que se refere a ICMS, marco inicial para contagem do prazo decadencial, não marco-final.

Portanto, deverá ser excluído os créditos tributários relativos aos exercícios de 1992 e 1993, por entendê-los sob os efeitos da decadência.

Expurgado o período em que se reconheceu a decadência, resta, pois, o período fiscalizado correspondente ao ano de 1994. Neste período, das 29 (vinte e nove) respostas obtidas pelo Fisco de suas cartas consultas aos destinatários das notas fiscais, em dez o Fisco apurou subfaturamento, ou seja, nas operações referentes às notas fiscais:

n.º 5087 (fls. 139), em contraste com os documentos de fls. 140;

n.º 5058 (fls. 147), em contraste com os documentos de fls. 146;

n.º 5163 (fls. 155), em contraste com os documentos de fls. 155/6;

n.º 4909 (fls. 158), em contraste com os documentos de fls. 157/8;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- n.º 5146 (fls. 164), em contraste com os documentos de fls. 165/6;
- n.º 5114 (fls. 182), em contraste com os documentos de fls. 181;
- n.º 5089 (fls. 184), em contraste com os documentos de fls. 184;
- n.º 5109 (fls. 186), em contraste com os documentos de mesmas fls.;
- n.º 6904 (fls. 194), em contraste com os documentos de fls. 193;
- n.º 9019 (fls. 197), em contraste com os documentos de fls. 196.

Somente quanto a estas notas fiscais o Fisco conseguiu apurar o subfaturamento. A prova que veio aos autos é contundente e convergente para esta conclusão. No paralelo às notas fiscais, vieram recibos e destes recibos consta o número de pedido, que é o mesmo das notas fiscais, a descrição da mercadoria nas notas fiscais é a mesma dos recibos, o destinatário das mercadorias das notas fiscais são os mesmos dos recibos, as datas são as mesmas, tudo demonstrando tratar-se de uma só operação, lançada em documento fiscal com um valor inferior ao valor real contido nos recibos.

Em outros casos, os destinatários respondiam às cartas consultas, informavam o fato e enviavam o comprovante de depósito, até mesmo em nome de terceiros (Xangai Com. Imp.), conforme se depreende às fls. 154/8. Em alguns casos, a Autuada emitia duplicatas outras, além do recibo inicial, conforme também se depreende ao consultar os documentos de fls. 164/6. Em outros casos, um simples recibo já demonstra o valor superior real ao constante da nota fiscal (fls. 184) e a vinculação de cheques para apresentação futura identificados no mesmo recibo.

Porém, além destes dez (10) específicos casos retro referidos e enumerados, não veio aos autos qualquer prova de outro subfaturamento, sequer indício, quanto às demais notas fiscais emitidas no período remanescente à decadência fiscalizado. Para se concluir que houve subfaturamento, há que se ter a prova material e efetiva do mesmo.

Desta forma, quanto às demais operações, entende-se como não comprovado o subfaturamento, mesmo porque resposta a cartas consultas existem afirmando que o valor da nota fiscal é o valor efetivo da operação. Por estas razões, não se admite o cálculo procedido pelo Fisco, onde apurou um determinado índice de percentual de subfaturamento, e aplicou sobre todas as demais notas fiscais.

O art. 79 do RICMS/91 diz dos parâmetros a serem adotados pelo Fisco, para se arbitrar o valor da operação ou da prestação, em se tratando de subfaturamento. Com todo o respeito, a forma utilizada pelo Fisco levantando-se um índice de subfaturamento não está prevista nos incisos do referido artigo.

O art. 77 do RICMS/91, por sua vez, diz que a base de cálculo poderá ser arbitrada pelo Fisco, em se tratando de subfaturamento. É de se ressaltar que diz PODERÁ, ou seja, é facultativo. Assim, se o Fisco possui em suas mãos a prova do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor real da operação, é dele que há de se servir. E o art. 78 do mesmo Regulamento corrobora este entendimento, ao dizer que “o valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco quando” ocorrerem os fatos contidos nos seus incisos. Porém, mesmo que se disse que se enquadraria no inciso VI, o arbitramento formulado pelo Fisco não encontra guarida no Regulamento, conforme consta do art. 79 do RICMS/91.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Ainda em preliminar, também à unanimidade, em conhecer-se a decadência operada nos exercícios de 1992 e 1993. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar-se parcialmente procedente o lançamento para manter as exigências fiscais apenas das operações em que o subfaturamento estiver materializado nos autos. Vencidos os conselheiros Cleomar Zacarias Santana (Relator) e Edmundo Spencer Martins que o julgavam procedente nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Decisão sujeita ao disposto no art. 139 da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual. Designado Relator o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor). Pela Impugnante sustentou oralmente o Advogado Janir Adir Moreira e, pela Fazenda Estadual a procuradora Nilber Andrade. Decisão ilíquida nos termos do art. 69, § 5º do Regimento Interno do CC/MG.

Sala das Sessões, 24/10/00.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Francisco Maurício Barbosa Simões
Relator/Revisor

MLR/JP