

Acórdão: 16.763/04/3ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010112420-60
Impugnante: Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda. (Autuado)
Coobrigada: Scaleno Calçados Ltda.
PTA/AI: 01.000144548-48
Inscrição Estadual: 452.164670.0058 (Autuado)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Aproveitamento indevido de créditos de ICMS em desacordo com a Resolução 3.166/2001, créditos não destacados em notas fiscais emitidas por microempresas e relativo a nota fiscal cuja primeira via não foi apresentada ao Fisco. Excluídas as exigências fiscais relativas às notas fiscais emitidas por empresa sediada no Estado da Bahia, uma vez não comprovado que a referida empresa era beneficiária de qualquer incentivo fiscal previsto na Resolução 3.166/2001. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – LIVRO FISCAL – FALTA DE ENTREGA/REGISTRO NA REPARTIÇÃO FISCAL. Aplicação das penalidades previstas nos artigos 54, II e 54, VII, “a”, da Lei 6763/75, em função da falta de registro de livro fiscal na repartição fiscal e pela falta de exibição ao Fisco de livro fiscal solicitado. Exigências fiscais mantidas.

MICROGERAES – DESENQUADRAMENTO – ENQUADRAMENTO INDEVIDO. Desenquadramento da empresa autuada da condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP, com a conseqüente perda dos benefícios fiscais concedidos pelo programa MICROGERAES, face à constatação de que o enquadramento ocorreu com inobservância dos dispositivos regulamentares contidos no Anexo X, do RICMS/96/02. Exigido o ICMS pelo sistema normal de débito e crédito, além da multa de revalidação em dobro. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação das seguintes irregularidades:

1) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais emitidas por contribuintes sediados em outras unidades da Federação, beneficiados com incentivos fiscais concedidos na origem em desacordo com a legislação tributária, nos termos da Lei Complementar n.º 24/75;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 2) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos a operações efetuadas com microempresas, cujas notas fiscais não continham o destaque do imposto;
- 3) Aproveitamento indevido de crédito de ICMS, uma vez não apresentada a primeira via da nota fiscal correspondente;
- 4) Falta de registro do livro Registro de Inventário na repartição fiscal competente;
- 5) Falta de entrega do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque;
- 6) Enquadramento indevido da empresa autuada no MICROGERAES.

Inconformado com as exigências fiscais, o Autuado apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 113/118, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 227/232.

Em sessão realizada no dia 27/07/2004, a 3.^a Câmara de Julgamento determina a realização da diligência de fl. 238, a qual resultou na manifestação fiscal de fls. 240/241.

Regularmente intimado sobre o resultado da diligência, o Autuado adita sua Impugnação (fls. 252/260), fato que gerou a tréplica fiscal de fls. 280/288.

DECISÃO

Preliminar:

Segundo o disposto no art. 205, da Lei 6763/75, “A autoridade fiscal poderá desconsiderar ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de descaracterizar a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, assegurado o direito de defesa do sujeito passivo”.

Nos termos do § 2.º, do referido artigo, o órgão julgador administrativo deve julgar, em preliminar, a questão da desconsideração do ato ou negócio jurídico.

Assim, o que será objeto de análise neste momento é o fato do Fisco ter desconsiderado o ato jurídico do enquadramento da empresa autuada como Empresa de Pequeno Porte – EPP.

Pois bem. Em 22/03/2002, a empresa *Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia Ltda.* inscreveu-se no Cadastro de contribuintes deste Estado como Empresa de Pequeno Porte – EPP, usufruindo dos benefícios fiscais previstos no Anexo X, do RICMS/96 - MICROGERAES.

Entretanto, através do artigo 42, do referido Anexo, o legislador mineiro estabeleceu vedações para fruição dos benefícios do MICROGERAES, excluindo deste regime, dentre outras, a empresa que tivesse sido desmembrada ou resultasse de desmembramento de outra empresa ou da transmutação de qualquer de seus estabelecimentos em empresa autônoma.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SEÇÃO VI

Das Vedações

Art. 42 - Exclui-se do regime previsto neste Anexo a empresa:

(...)

II - que tenha sido desmembrada ou resulte do desmembramento de outra empresa ou da transmutação de qualquer de seus estabelecimentos em empresa autônoma, salvo se o fato tiver ocorrido até 31 de dezembro de 1996;

Em função dessa vedação, o legislador impôs ao contribuinte o dever de desenquadrar-se do programa MICROGERAES, conforme determinação contida no art. 36, IV, do Anexo X, do RICMS/96, sendo que o desenquadramento deveria retroagir à data de ocorrência de uma das hipóteses previstas no dispositivo acima transcrito.

Art. 36 - O desenquadramento consiste na perda da condição de microempresa, ou de empresa de pequeno porte, e ocorre quando o contribuinte:

(...)

IV - deixar de preencher os requisitos para seu enquadramento, em razão de superveniência de situação prevista no artigo 42 deste Anexo

(...)

§ 7º - O desenquadramento retroagirá à data de ocorrência da hipótese prevista no inciso IV e produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês subsequente, devendo a microempresa e a empresa de pequeno porte comunicarem o fato à administração fazendária de sua circunscrição, mediante o preenchimento e entrega da DECA, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao de ocorrência das hipóteses ali previstas.

§ 8º - Esgotado o prazo de que trata o parágrafo anterior sem a devida comunicação, o desenquadramento será efetuado de ofício, observado o disposto no artigo 50 deste Anexo."

No mesmo dispositivo, ficou estabelecido que o desenquadramento seria efetuado de ofício, se o contribuinte não o fizesse por iniciativa própria. **É exatamente o caso dos autos.**

Feitas essas considerações, mister se faz a descrição dos fatos motivadores do desenquadramento da empresa autuada (*Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia Ltda.*) do programa MICROGERAES.

No dia 04/12/2003, foram apreendidas, através do Termo de Apreensão e Depósito – TAD (fl. 32), no estabelecimento da empresa *Scaleno Calçados Ltda.* (Coobrigada), localizado na Rua Antônio Martins Filho, 300, em Nova Serrana (MG),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

as notas fiscais de n.ºs 5397 a 5500 pertencentes à empresa autuada (*Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.*).

Além da apreensão dos referidos documentos, o Fisco, após diligências efetuadas, constatou os seguintes fatos:

1) Na nota fiscal acostada à fl. 43, através da qual a empresa *Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.* adquiriu da Gráfica Suprema Embalagens Ltda. cartuchos para embalagens, consta como telefone de contato o número pertencente à *Scaleno Calçados Ltda.*;

2) A devolução da mercadoria lançada na nota fiscal n.º 1564, de emissão da empresa *Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.*, foi efetuada com “intermediação” da *Scaleno Calçados Ltda.*, o que é demonstrado pelo documento de fl. 50, no qual constam as seguintes expressões:

“FAVOR DEVOLVER URGENTE PARA NOVA SERRANA, CONFORME SOLICITAÇÃO DO JERRY DA SCALENO”;

“CONSULTEI O JERRY DA SCALENO, E O MESMO ME PASSOU O ENDEREÇO ABAIXO:”

3) A empresa *Alegria Calçados e Confecções Ltda.* – ME, através da nota fiscal 000026 (fl. 54), devolveu a *Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.* 200 pares de sandálias infantis. Essa mercadoria foi coletada pela empresa de transporte “Rápido Rodosinos”, após ordem expressa do setor de faturamento da *Scaleno Calçados Ltda.* (fl. 55);

4) As mercadorias relacionadas nas notas fiscais de fls. 12/16, destinadas a *Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.* foram transportadas pelo veículo placa GXA-8551, o qual é de propriedade da *Scaleno Calçados Ltda.*, conforme tela do DETRAN acostada à fl. 57;

5) As duplicatas acostadas às fls. 36 e 39, tendo como sacado *Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.*, foram quitadas através da conta corrente n.º 6.456-4, do Banco do Brasil S.A., pertencente à *Scaleno Calçados Ltda.*;

6) O Sr. Reginaldo Caetano de Azevedo foi sócio da empresa *Scaleno Calçados Ltda.* no período compreendido entre 24/08/1992 a 19/08/1999. Atualmente, dirige a mesma empresa o Sr. Rivaldo Caetano de Azevedo;

7) A empresa *Scaleno Calçado Ltda.* apura o ICMS pelo sistema normal de débito e crédito desde 30/06/1995, conforme tela do SICAF acostada à fl. 242;

8) À fl. 230, o Fisco presta as seguintes informações:

“PRELIMINARMENTE À APREENSÃO DE DOCUMENTOS, NÃO SE VERIFICAVA ATIVIDADE NO ENDEREÇO DA EMPRESA ‘REGINALDO’, O PORTÃO SÓ PERMANECIA FECHADO E OS DOCUMENTOS SE ENCONTRAVAM NA EMPRESA ‘SCALENO’, DO OUTRO LADO DA RUA, E, CONFORME SE CONSTATOU NA DILIGÊNCIA, QUE CULMINOU COM A APREENSÃO, OS DOCUMENTOS FISCAIS ERAM EMITIDOS NAS DEPENDÊNCIAS DA SCALENO”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“CONFORME ENTREVISTA REALIZADA ENTRE O SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA, SIGNATÁRIO DA IMPUGNAÇÃO, SEU CONTADOR E UM ASSESSOR TRIBUTÁRIO, COM A COORDENAÇÃO FISCAL DA DF/DIVINÓPOLIS E ESTE FISCAL, FOI NARRADO QUE A EMPRESA ‘REGINALDO’ FOI CRIADA DEVIDO A PROBLEMAS DA ‘SCALENO’ COM A JUSTIÇA NO TOCANTE A PATENTES E MARCAS E, ASSIM, VERIFICOU-SE QUE ELA SÓ EXISTIA DE DIREITO E NÃO DE FATO.” (G.N.)

Esses fatos levaram o Fisco a concluir que a empresa *Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.* só tinha existência formal, pois, no aspecto fático, ela se confundia com a empresa *Scaleno Calçados Ltda.*

Poder-se-ia dizer que a empresa *Reginaldo Caetano de Azevedo e Cia. Ltda.* é resultante do desmembramento da *Scaleno Calçados Ltda.*, sendo que a primeira fora criada por problemas jurídicos da segunda no tocante a marcas e patentes.

Conforme salientado pelo Fisco, “considerando que a empresa só se encontrava fechada, que utilizava conta corrente da “*Scaleno*”, que utilizava preferencialmente veículos da “*Scaleno*”, que os documentos fiscais eram emitidos na “*Scaleno*”, que as duas empresas utilizavam o mesmo “software” comercial, que a empresa “*Reginaldo*” existia só de direito, conforme narrativa dos responsáveis pela empresa, é de se considerar que a empresa “*Reginaldo*” era de ‘fachada ou laranja’ da empresa “*Scaleno*”.

Não houve retroatividade ilegal do desenquadramento, já que a empresa foi constituída no sentido de fraudar o Fisco, ao se permitir um enquadramento em regime tributário mais vantajoso que o da empresa desmembrada (*Scaleno Calçados Ltda.*) e de se burlar uma decisão judicial, já que a “*Scaleno*” não poderia mais fabricar calçados semelhantes aos da marca da autora da ação judicial. Assim, desde o nascimento desta pseudô empresa (*Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.*), já havia a burla aos preceito legais. Por isso, a empresa “*Reginaldo Caetano*” foi considerada como se filial fosse da *Scaleno Calçados Ltda.*, empresa esta que administra, de fato, a primeira das empresas citadas.

Portanto, considerando-se o acima exposto e tendo em vista que a empresa *Scaleno Calçados Ltda.* apura o ICMS pelo sistema normal de débito e crédito, correto se mostra o procedimento fiscal que desconsiderou o ato jurídico do enquadramento da empresa *Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.* como Empresa de Pequeno Porte, ato este que resultou em recolhimento à menor do ICMS, em função da utilização indevida dos benefícios fiscais concedidos pelo programa MICROGERAES.

Assim, para cada uma das irregularidades que serão abaixo analisadas, o Fisco, de maneira coerente e respaldado na legislação já transcrita, ao recompor a conta gráfica da empresa autuada, utilizou o sistema normal de débito e crédito para apuração dos valores não recolhidos aos cofres públicos.

Mérito:

1) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS – Resolução 3.166/01:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ao tratar da concessão de incentivos e benefícios fiscais, a alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal estabelece que:

XII - Cabe à Lei Complementar:

(...)

g - regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais são concedidos ou revogados;

Citada norma constitucional almeja a garantia da harmonia entre os entes Federados ao evitar a chamada “guerra fiscal”.

Regulamentando a matéria, a Lei Complementar n.º 24/1975, recepcionada pela Constituição Federal, dispõe que:

“Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de Convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

(...)

IV - a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação direta ou indireta, do respectivo ônus;”

Observa-se, ainda, que a ineficácia da apropriação de crédito do imposto oriundo de benefício unilateral concedido pelo Estado remetente fica patente no inciso I do art. 8º da mesma Lei Complementar n.º 24, de 1975, *verbis*:

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

Logo, constata-se que a concessão unilateral de benefícios fiscais em desacordo com a Lei Complementar n.º 24, de 1975, é passível de nulidade e acarreta a ineficácia do crédito fiscal apropriado indevidamente pelo estabelecimento destinatário, conforme também previsto no § 1.º do art. 62 da Parte Geral do RICMS, como segue:

Art. 62 - O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este por outro Estado.

(...)

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

Assim, só é admissível o creditamento correspondente ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação (art. 68 do RICMS).

Nesse propósito, atendendo ao comando do § 2º do art. 62 do mesmo RICMS, adveio a Resolução nº 3.166, de 2001, cujo art. 1.º assim estabelece:

"Art. 1º - O crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) correspondente à entrada de mercadoria remetida a estabelecimento localizado em território mineiro, a qualquer título, por estabelecimento que se beneficie de incentivos indicados no Anexo Único, será admitido na mesma proporção em que o imposto venha sendo efetivamente recolhido à unidade da Federação de origem, na conformidade do referido Anexo."

Sendo assim, a concessão unilateral de benefícios fiscais desobriga o Estado destinatário da mercadoria de suportar, como crédito de ICMS, a parcela correspondente ao benefício inadequadamente previsto na legislação do Estado de origem.

Feita a abordagem dos aspectos formais relativos à matéria, resta a análise da glosa dos créditos efetuada pelo Fisco, a qual será efetuada separadamente, de acordo com as empresas emitentes dos documentos fiscais.

Orsa Celulose, Papel e Embalagens S.A.:

As exigências fiscais referem-se às notas fiscais de n.º 8377, 9204, 10062, 13105, 17460, 17595, 21118, 23199 e 27981, todas de emissão da empresa Orsa Celulose, Papel e Embalagens S.A., empresa sediada no Estado de Goiás.

A glosa efetuada pelo Fisco, equivalente a 2% (dois por cento) da base de cálculo lançada em cada nota fiscal, está respaldada no item 4.11, do Anexo Único, da Resolução 3.166/2001.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O contribuinte admite a correção do estorno procedido pelo Fisco ao afirmar, no item “3” de sua impugnação (fl. 117), que *“assume a responsabilidade pelo pagamento de parte do crédito tributário concernente ao estorno de crédito das notas fiscais emitidas pela ORSA CELULOSE, PAPEL E EMBALAGENS S/A, acrescido do estorno do crédito apropriado sem destaque nas notas fiscais emitidas por microempresa, bem como o que foi apropriado sem a 1.ª via documento fiscal”*.

Portanto, devem prevalecer as exigências fiscais, uma vez que o estorno dos créditos promovido pelo Fisco está em conformidade com toda a legislação vigente.

Dacarto Benvic S/A:

As exigências fiscais referem-se às notas fiscais de n.º 6360, 6448, 7302, 7499, 7659 e 7905, todas de emissão da empresa Dacarto Benvic S.A., empresa sediada no Estado da Bahia.

Segundo o Fisco, seu procedimento estaria respaldado no item 3.35, da Resolução 3.166/2001.

O Impugnante, por sua vez, afirma que o imposto destacado nas notas fiscais emitidas pela Dacarto Benvic S.A. foi integralmente recolhido na origem, o que legitimaria os valores apropriados.

Para comprovar sua afirmação, anexou aos autos a declaração de fl. 129, através da qual a empresa emitente dos documentos fiscais informa que *“não possui nenhum benefício fiscal no Estado, quer seja crédito presumido, diferimento, redução de base de cálculo ou qualquer outro incentivo fiscal”*. Foram anexados, ainda, cópias do livro Registro de Saídas e do Registro de Apuração do ICMS da declarante (fls. 131/221) para demonstrar a veracidade da declaração prestada.

Em função dos documentos anexados, a 3.ª Câmara de Julgamento solicitou ao Fisco, através do item “1”, da diligência de fl. 238, que verificasse junto à Secretaria de Estado da Fazenda da Bahia se a empresa Dacarto Benvic S.A. era, efetivamente, beneficiária de algum incentivo fiscal previsto na Resolução 3.166/2001.

Apesar de ter cumprido as demais providências solicitadas na diligência, o Fisco não acostou aos autos qualquer comprovação de que a Dacarto Benvic S.A. goza de algum benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia.

Assim, decide esta Câmara pelo cancelamento das exigências fiscais relativas às notas fiscais emitidas pela empresa supramencionada (Dacarto Benvic S.A.).

2) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS – NF sem destaque – ME:

As exigências fiscais referem-se às notas fiscais de fls. 12/16, emitidas por Atom Calçados Ltda. – ME, nas quais, além de não constar o destaque do ICMS indevidamente apropriado, havia a informação de que as operações *“não geravam direito a crédito”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além disso, conforme já relatado, o contribuinte admite a correção do estorno procedido pelo Fisco ao afirmar, no item “3.1” de sua impugnação (fl. 117), que *“assume a responsabilidade pelo pagamento de parte do crédito tributário concernente ao estorno de crédito das notas fiscais emitidas pela ORSA CELULOSE, PAPEL E EMBALAGENS S/A, acrescido do estorno do crédito apropriado sem destaque nas notas fiscais emitidas por microempresa, bem como o que foi apropriado sem a 1.ª via documento fiscal”*.

Correta, portanto, a glosa dos créditos efetuada pelo Fisco.

3) Aproveitamento indevido de crédito de ICMS – 1.ª via de NF – Não apresentação:

O estorno do crédito refere-se ao CTCRC anexado à fl. 28, cuja primeira via não foi apresentada ao Fisco.

A exigência fiscal está respaldada no art. 70, VI, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

VI - o contribuinte não possuir a 1ª via do documento fiscal, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia do documento, com pronunciamento do Fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária a que o contribuinte estiver circunscrito;”

Essa irregularidade também foi confessada pelo Impugnante, conforme trecho de sua impugnação acima transcrito.

Portanto, corretas se mostram as exigências fiscais.

4) Falta de registro do livro Registro de Inventário na repartição fiscal competente:

O livro Registro de Inventário está anexado às fls. 53/110, o qual não foi registrado na Repartição Fiscal competente, o que pode ser observado pelo Termo de Abertura de fl. 60, que não contém qualquer visto fiscal.

A exigência fiscal, no valor nominal de R\$ 624,50, equivalente a 500 UFEMG, está respaldada no art. 54, II, da Lei 6763/75.

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por falta de livros fiscais devidamente registrados na repartição fiscal ou de livros fiscais escriturados por processamento eletrônico de dados devidamente autenticados - 500 (quinhentas) UFEMGs por livro;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também em relação a este item, o Impugnante admite a infração ao afirmar, no item “3.2” de sua impugnação que “*manifesta sua concordância com parte do crédito tributário relativa às penalidades por falta de registro/autenticação do livro Registro de Inventário, bem como pela falta de entrega do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque*”.

Portanto, legítima se mostra a exigência fiscal.

5) Falta de entrega do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque:

Conforme relatado no item anterior, o contribuinte admite a infração.

Portanto, correta se mostra a exigência fiscal, que se refere à penalidade prevista no art. 54, VII, “a”, da Lei 6763/75, *in verbis*:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação;

6) Enquadramento indevido da empresa autuada no MICROGERAES:

O desenquadramento da empresa autuada (*Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda.*) da condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP, resultando na perda dos benefícios concedidos pelo programa MICROGERAES, já foi objeto de análise na “Preliminar” deste Acórdão.

Observação Final:

O Impugnante quitou parcialmente o crédito tributário através do DAE de fl. 190, sendo que os valores recolhidos referem-se às infrações por ela admitidas no item “3” de sua peça defensiva, as quais estão discriminadas no Termo de Reconhecimento Parcial de Débito acostado à fl. 291. O crédito tributário remanescente está demonstrado no DCMM de fl. 294.

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em acatar a desconsideração do ato jurídico relativo ao enquadramento da Autuada como EPP. Vencida a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Relatora), que rejeitava a mencionada desconsideração. No mérito, também por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências relativas às notas fiscais emitidas por Dacarto Benvic Ltda. Vencida, em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Relatora), que o julgava parcialmente procedente, para excluir, ainda, todos os valores resultantes da recomposição da conta gráfica da Autuada, bem como excluir do pólo passivo da obrigação tributária a empresa Scaleno Calçados Ltda. Designado relator o Conselheiro José Eymard Costa (Revisor). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Juliana Diniz Quirino.

Sala das Sessões, 14/12/04.

**Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente**

**José Eymard Costa
Relator**

CC/IMG

Acórdão: 16.763/04/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010112420-60
Impugnante: Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia. Ltda. (Autuado)
Coobrigada: Scaleno Calçados Ltda.
PTA/AI: 01.000144548-48
Inscrição Estadual: 452.164670.0058 (Autuado)
Origem: DF/Divinópolis

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 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.

Consta do Auto de Infração que, após descon sideração de negócio jurídico, considerando apreensão de documentos fiscais junto à empresa coobrigada e a utilização de conta-corrente desta, dentre outras, em verificação fiscal, foi detectado:

1. aproveitamento indevido de crédito, conforme motivos citados na planilha estorno de crédito (fl. 08 → *Resol. 3166/01; ME; ou falta de 1ª via – docs 09-29*);
2. falta de visto/autenticação do Livro de Registro de Inventário e falta de entrega do Livro Registro de Controle da Produção e Estoque (fl. 30); e
3. perda dos benefícios da EPP e recomposição de conta gráfica, englobando o item 1 (fl. 31).

A divergência de voto restringe-se ao desenquadramento da empresa, com a perda retroativa dos benefícios fiscais da EPP.

As circunstâncias pelas quais a empresa impugnante teria perdido os benefícios do regime do Microgeraes não estão claras no Auto de Infração.

As hipóteses de desenquadramento da EPP estão previstas no estatuto do Microgeraes, conforme disposições do RICMS, Anexo X, Capítulo IV, Seção IV, art. 41, incisos I a IV, §§ 1º a 3º.

Não foi especificado o dispositivo legal que fundamentou o presente desenquadramento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A apreensão de documentos fiscais de um contribuinte em poder de terceiros constitui irregularidade tipificada na legislação tributária, mas a penalidade prevista não é a desconsideração de negócio jurídico. Também não levaria a isto a pretensa utilização de conta bancária alheia.

A Lei Estadual n.º 13.437, de 30.12.99, continha, em seu art. 16, III, previsão para desenquadrar do regime do Microgeraes todas as empresas que cometessem infrações à legislação tributária. A Lei n.º 14.360, de 17.07.2000, alterou a redação do inciso II e revogou os incisos III a VIII e os §§ 3º e 4º do art. 16.

Por tal motivo, foi determinada, pela 3ª Câmara do CC/MG, em 27.07.04, a conversão do julgamento em diligência, para que o fiscal discriminasse os dispositivos que amparavam o feito.

A esta altura, fundamenta o desenquadramento, nos dois motivos elencados no relatório do AI (fl. 03) e nos outros sete dispostos a fl. 230, nos termos dos artigos 4º e 11, do Anexo X (que estabelecem o que são microempresa e EPP – enfatiza a exigência de serem regularmente constituídas), e no art. 205, §§ 1º e 2º, da lei 6763, que lhe autoriza a desconsideração de ato ou negócio jurídico que vise descaracterizar a ocorrência de fato gerador.

Explica que, considerando que o caput do art. 11 do Anexo V do RICMS/96 determina ser EPP a empresa regularmente constituída, que à matriz e à filial se aplica o mesmo regime de recolhimento do imposto (art. 3º, par. único, do r. anexo) e que o art. 205 da lei 6763 trata da desconsideração do negócio jurídico, concluiu que a empresa impugnante era fachada ou laranja da Scaleno Calçados Ltda., sendo feita a recomposição da conta gráfica, no mesmo regime usado por esta.

Afirma que *“a empresa foi constituída no sentido de se fraudar os diversos níveis do fisco, ao se permitir um enquadramento em regime tributário mais vantajoso do que o da matriz”*.

Em suma, tem-se que, de início, pela leitura do Auto de Infração e documentos anexos, presume-se que o fiscal autuante promoveu o desenquadramento da empresa, recompondo sua conta gráfica, sem os benefícios dados às empresas de pequeno porte.

No entanto, para tal, não há previsão legal. O Estatuto do Microgeraes arrola as situações nas quais deverá ocorrer tal desenquadramento e o caso dos autos não é contemplado.

Após o cumprimento da diligência, é dito não ter ocorrido o desenquadramento, mas a adequação ao correto regime tributário, se considerado que a empresa impugnante é uma filial/sucursal da empresa Scaleno.

Para que este procedimento fosse possível, o fiscal desconsiderou a própria constituição e o enquadramento da empresa Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia., que, a seu ver, foram fraudulentos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A fraude não se presume; como também não se presume a simulação. Devem ser robusta e documentalmente comprovadas. Nos autos, não há tal prova.

Ao contrário, consta dos autos que a empresa impugnante foi regularmente constituída, atestado pelo Contrato Social devidamente registrado na Junta Comercial de Minas Gerais sob o n.º 31206331997 (fls. 261-270).

Ela se inscreveu no Cadastro de Contribuintes do ICMS, sendo-lhe deferida, em 22.03.2002, a Inscrição Estadual n.º 452.164670.00-58 (fl. 271) e expedido Cartão de Inscrição Estadual em 22.05.2002 (fl. 272).

Solicitou, formalmente, o enquadramento como EPP, o que lhe foi deferido em 22.03.2002 (fls. 273).

Inscreveu-se no CNPJ sob o n.º 04.676683/0001-52, expedido pelo Ministério da Fazenda (fl. 274).

A Prefeitura Municipal de Nova Serrana, após vistoria realizada no imóvel (fls. 275-276), concedeu-lhe o Alvará n.º 1466, para exercer atividade industrial na Rua João Ferreira dos Santos, n. 515, Park D. Gum. Martins (fls. 277).

A Administração Fazendária/2º nível/Nova Serrana autorizou a impressão de documentos fiscais (notas fiscais), conforme AIDF deferida em 09.04.2002, de n.º 000690942002 (fls. 278).

Até prova em contrário, a empresa foi regularmente constituída e está em pleno funcionamento.

É de se considerar, ainda, que os sócios das duas empresas não são coincidentes.

Compõem o quadro societário da Scaleno Calçados: Rita Ana Rodrigues e Rivaldo Caetano de Azevedo.

São sócios da impugnante, Reginaldo Caetano de Azevedo e Sebastião Donizete de Azevedo

Reginaldo Caetano de Azevedo, CPF n. 861.555.556-72, foi sócio da 1ª empresa, no período de 24.08.92 a 19.08.99, sendo que, apenas em 23.02.2002, foi criada a Reginaldo Caetano de Azevedo & Cia.. Em momento algum, figurou como sócio de ambas.

Não bastasse, as duas empresas diferem também no objeto social.

A Scaleno tem por atividade econômica, a “*fabricação de calçados de outros materiais*”; e a impugnante, “*fabricação de artefatos de plástico para outros usos*”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estes fatos militam pela regularidade da constituição da empresa impugnante. Que esta foi fraudulenta é uma prova que cabia ao Fisco produzir.

O ônus da prova é regulado, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Código de Processo Civil:

Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

I – ao Autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Com efeito, como ensinam Tipke e Kruse, também no direito tributário prevalecem as regras do ônus da prova, que impõem o dever de provar o alegado à parte em favor de quem a norma corre – exceptuando-se os casos em que a lei dispuser de forma diferente.

O indício somente serve como prova indireta se a sua ocorrência não permitir senão a hipótese da ocorrência do fato a ser provado. Se for possível a alegação de que poderia não ter ocorrido o fato a ser provado (ainda que haja toda probabilidade de que ele tenha de fato acontecido), não se estará diante de uma prova indireta, mas de uma mera presunção. (Luiz Eduardo Schoueri, in Processo Administrativo Fiscal)

No caso em tela, a ocorrência do fato que motivou a desconsideração do enquadramento da empresa atuada é apenas provável e não certa, já que seria possível a ocorrência de situação diversa da descrita pelo fiscal – que, diga-se, flutua, ao longo do processo, entre o desenquadramento simples e a desconsideração do enquadramento inicial.

O lançamento, neste item, está baseado em presunção simples, donde tem-se por não provado o fato alegado.

Se a prova de sua ocorrência cabia ao Fisco, então a presunção, por parte do aplicador da lei, revela uma inversão do ônus da prova contrária à lei e, por isso, deve ser afastada, não se sustentando a pretensão fiscal.

A razão por que não cabe o emprego de presunções simples é elementar: estando o sistema tributário brasileiro submetido à rigidez do princípio da legalidade, a subsunção dos fatos à hipótese de incidência tributária é mandatória para que se dê o nascimento da obrigação do contribuinte. Admitir que o mero raciocínio de probabilidade por parte do aplicador substitua a prova é conceber a possibilidade de que se exija um tributo sem que necessariamente tenha ocorrido o fato gerador.

Pelo acima exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para considerar o DCMM de fls. 295-296, excluir as exigências relativas às notas fiscais da Dacarto e, ainda, manter o enquadramento da Impugnante como EPP.

Sala das Sessões, 14/12/04.

**Juliana Diniz Quirino
Conselheira**

CC/MIG