

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.127/11/2ª
PTA/AI: 01.000165031-53 Rito: Sumário
Impugnação: 40.010127326-81
Impugnante: Belo Horizonte Refrigerantes Ltda
IE: 546716020.00-46
Proc. S. Passivo: Natália Lo Buono Botelho/Outro(s)
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-4

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL IDEOLOGICAMENTE FALSO. Constatado, mediante recomposição de conta gráfica, aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de notas fiscais declaradas ideologicamente falsas nos termos do art. 39, § 4º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Não foram carreados aos autos comprovantes de recolhimento do ICMS devido pelos emitentes dos documentos fiscais. Infração caracterizada nos termos do art. 70, inciso V da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, apurado por meio de recomposição da conta gráfica, no período de junho a setembro de 2007 e janeiro a março de 2008, em virtude de ter a Autuada aproveitado indevidamente créditos de imposto destacados em notas fiscais consideradas ideologicamente falsas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI da Lei 6763/75

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 02); Auto de Infração - AI (fls. 03/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCM (fls. 05); relatório fiscal (fls. 14/15); relação das notas fiscais ideologicamente falsas (fls. 16/18); recomposição da conta gráfica (fls. 19/20); notas fiscais declaradas ideologicamente falsas (fls. 21/110); cópia do livro de Registros de Entrada (fls. 111/189); Declaração de Apuração e Informações do ICMS – DAPI - maio de 2007 a março de 2008 (fls. 190/223); cópia integral do ato declaratório de inidoneidade ou falsidade documental (fls. 235/244); dentre outros documentos relacionados aos fatos.

A Autuada, inconformada, comparece aos autos, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, e apresenta a Impugnação de fls. 259/277, devidamente acompanhada dos documentos de fls. 278/291, aduzindo em linhas gerais

preliminarmente a nulidade do feito alegando ter sido tolhida em seu direito de defesa, uma vez que não foram apresentados nos autos cópia integral dos procedimentos que culminaram com a publicação dos atos declaratórios de inidoneidade ou falsidade documental que embasaram o trabalho fiscal.

No mérito, questiona o procedimento que culmina com a declaração de falsidade ou inidoneidade documental, afirma que o aproveitamento dos créditos tal qual procedido é legítimo, uma vez que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais inidôneas foram efetivamente adquiridas com a concretização da operação mercantil anteriormente à declaração de inidoneidade, haja vista o Fisco ter declarado a inidoneidade das notas fiscais somente em 13/09/08.

Afirma ter procedido a consulta ao sistema SINTEGRA/ICMS á época das operações e que naquela oportunidade a situação da empresa fornecedora foi dada como regular, tendo ainda procedido com todo zelo e cautela que lhe seria possível dispensar para a validação e confirmação da operação bem como dos documentos que a acobertavam.

Entende ser irregular e indevida a retroação dos efeitos dos atos declaratórios, sendo, portanto impossível que tal ato venha a macular ou afetar operações consumadas anteriormente à sua edição.

Reputa regular o aproveitamento de crédito face ao princípio da não-cumulatividade, pois o direito ao aproveitamento independe até mesmo da comprovação do seu efetivo pagamento, pois a Fazenda Pública dispõe de outros recursos para a cobrança destes créditos.

Propugna a inaplicabilidade das multas impostas, a uma pelo fato de que se indevido o imposto, indevidas serão as multas, a duas pela inobservância ao princípio da razoabilidade.

Por derradeiro, suscita questão atinente à irregularidade/ilegalidade dos juros cobrados diante da previsão expressa pelo art. 161 do Código Tributário Nacional.

Requer pela produção de prova pericial apresentando quesitos às fls. 277, pretendendo, por fim, o reconhecimento da nulidade do trabalho fiscal e sucessivamente a improcedência do lançamento.

O Fisco comparece aos autos às fls. 294/300 combatendo os argumentos desposados pela Impugnante, inicialmente quanto à nulidade aventada refuta as alegações de nulidade por cerceamento de defesa, ao argumento de que foi juntada aos autos copia integral do ato declaratório de falsidade ou Inidoneidade documental, cujos fatos ensejadores da declaração estão ali presentes.

No mérito pugna a regularidade dos trabalhos, afirmando inicialmente que o ato declaratório que amparou todo o procedimento possui natureza declaratória, e, portanto veio somente reconhecer um fato pré-existente, continua fazendo ponderações acerca da consulta ao SINTEGRA, consultas estas que não possuem valor de certidão e, portanto, não se prestam a atestar a regularidade da empresa ou dos documentos fiscais por ela emitidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que tange ao aproveitamento dos créditos, entende carecer de previsão legal tal pretensão, uma vez que inexistem provas do recolhimento dos tributos relativos às operações conforme determina a legislação tributária vigente.

Quanto às alegações de que as operações mercantis efetivamente foram consumadas com a circulação e pagamento das mercadorias, ressalta que não foram trazidos aos autos quaisquer provas de tais fatos, como livros contábeis de escrita obrigatória (Diário, Razão), ou comprovantes dos pagamentos pertinentes.

Em relação à multa aplicada, ampara-se na previsão legal e expressa quanto ao percentual a ser cobrado a título de multa, invocando ainda a aplicação do princípio da legalidade.

Passando às questões afetas aos juros aplicáveis, dispõe que a cobrança dos juros moratórios incidentes sobre os créditos tributários do Estado é disciplinada pela Resolução 2.880/97, tendo em vista o disposto nos arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75, que estabelecem a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais.

Manifesta-se, ainda, contrariamente ao pedido de perícia, pois os quesitos apresentados seriam respondidos pela apresentação dos livros, Diário e Razão bem como dos comprovantes de pagamento das notas fiscais, tendo sido a Impugnante intimada a apresentar referidos documentos, e respondido ser impossível a apresentação dos mesmos, conforme documentos de fls. 302/304.

Requer assim pela procedência do lançamento.

É então concedida vista à Impugnante dos documentos juntados pelo Fisco, e esta não se manifesta novamente.

A 2ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 342, determinando a apresentação dos documentos solicitados pelo Fisco às fls. 303 dos autos no prazo de trinta dias, o qual não foi cumprido pela Autuada que mais uma vez quedou-se inerte e silente.

DECISÃO

Das Preliminares

Da Preliminar de Arguição de Nulidade

A preliminar, atinente a nulidade do Auto de Infração em razão de cerceamento de defesa não merece prosperar.

Foi juntada aos autos pelo Fisco, cópia integral do ato declaratório de idoneidade/falsidade documental (fls. 235/244), apresentando os procedimentos para a constatação das irregularidades dos documentos fiscais.

Além disso, o ato declaratório foi devidamente publicado no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais em 13/07/08, cujos fatos motivadores que ensejaram a falsidade ideológica dos documentos fiscais estão presentes na documentação.

Importante salientar, que o Fisco fluminense diligenciou junto ao estabelecimento da empresa emitente das notas fiscais declaradas ideologicamente falsas onde foi constatado que o local era incompatível com o volume de mercadorias transacionadas, ausência de estoque, dentre outras. Além disso, irregularidade no documento de diferenças entre 1ª e 2ª vias.

Portanto, com a presença de tais esclarecimentos bem como da comprovação documental das medidas tomadas, tornou-se perfeitamente possível à Impugnante compreender a dimensão dos fatos e assim exercer de forma eficaz e suficiente o direito de defesa a ela constitucionalmente garantido.

Ressalte-se, ainda, que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. Existe a citação dos dispositivos infringidos e das penalidades. Todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, foram observados.

Assim não se justifica a alegada nulidade do Auto de Infração, nem mesmo se vislumbra qualquer cerceamento do direito de defesa.

Do Pedido de Prova Pericial

No que concerne ao pedido de produção de prova pericial, foi indeferido uma vez que a prova pretendida pela Impugnante prescinde da realização de perícia, podendo ser facilmente produzida com a apresentação dos livros Diário e Razão, bem como dos comprovantes de pagamento das notas fiscais objeto do presente feito.

Considerando-se, ainda, que regularmente intimada por duas vezes para proceder a juntada dos referidos documentos (fls.303 e 342), a Impugnante ou manifestou de forma genérica a impossibilidade de fazê-lo ou simplesmente se manteve inerte.

Do Mérito

Conforme já relatado, o Auto de Infração em comento trata do recolhimento a menor de ICMS, no período de junho a setembro de 2007 e janeiro a março de 2008, apurado por meio de recomposição da conta gráfica, visto que a Contribuinte aproveitou-se indevidamente a título de crédito, do imposto destacado em documento fiscal declarado ideologicamente falso.

A autuação foi precedida da lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF e, o estorno efetuado pelo Fisco sustentado por ato declaratório de falsidade dos documentos fiscais correspondentes balizado em informações do Fisco de origem – Estado do Rio de Janeiro.

A Impugnante defende-se afirmando que os créditos são legítimos já que provenientes de transações comerciais as quais efetivamente ocorreram.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse contexto, o exame do lançamento fiscal requer a análise sobre a idoneidade dos documentos fiscais escriturados pela Autuada, bem como pela definição se os documentos e respectivos créditos de ICMS apropriados são, ou não, legítimos.

Os documentos fiscais autuados foram emitidos pela empresa Cavaleira da Penha Distribuidora de Gêneros Alimentícios Ltda e se referem a entradas de mercadorias (tampa plástica, polpa de frutas, filme termo contrátil) no estabelecimento da Impugnante.

Consta do ato declaratório de inidoneidade/falsidade como motivo da declaração de ideologicamente falsas as notas fiscais o fato de terem sido emitidas por contribuinte que encerrou irregularmente suas atividades. O ato foi publicado no Diário Oficial no dia 13/09/08 (cópia às fls.236).

Ressalta-se que o ato declaratório de falsidade dos documentos resultou de verificação fiscal formalizada por meio de Avulso de Conferência de nº 02.03.0020.07, cuja cópia das principais peças do procedimento encontra-se anexado às fls. 234/244.

Oportuno esclarecer que com base no resultado de diligências é que se determinam quais, e a partir de que data, os documentos emitidos serão considerados ideologicamente falsos.

No acaso, o ato declaratório alcança todos os documentos fiscais emitidos a partir de 16/03/06.

É pacífico na doutrina o efeito *ex tunc* dos atos declaratórios, pois não é o ato em si que impregna os documentos de inidoneidade ou falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões.

Segundo ensina Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, 11ª ed., Editora Forense, p. 782):

O ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (*ex tunc*).

Assim, consiste em ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não cria nem estabelece coisa nova, explicita a existência do que já existia, possuindo natureza declaratória e não natureza normativa, ao contrário do alegado pela Autuada.

O ato declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo no Diário Oficial do Estado, em que visa tornar pública a situação preexistente, possuindo natureza declaratória e não normativa.

De acordo com o preceito contido no art. 135, Parte Geral do RICMS/02, os documentos declarados ideologicamente falsos fazem prova somente a favor do Fisco, acrescentando em seu parágrafo único que a ação fiscal independe de ato declaratório prévio. Inferese daí que o referido artigo trata de norma declarativa, cuja observância por parte do Fisco é obrigatória.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, destaca-se que os atos declaratórios foram publicados em datas anteriores ao início da ação fiscal empreendida pelo Fisco.

A Impugnante entende que não pode ser considerado incorreto o uso do crédito do imposto destacados nos documentos fiscais, uma vez que as transações foram firmadas antes da publicação dos atos de inidoneidade das notas fiscais autuadas.

A Lei nº 6.763/75, em seu art. 30, estatui que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, está condicionado à idoneidade da documentação, sendo que a apropriação indevida de créditos enseja recolhimento a menor do imposto. A legislação é clara ao determinar que o aproveitamento do imposto a título de crédito à idoneidade do documento respectivo.

Nesse sentido, o art. 70, inc. V, Parte Geral do RICMS/02, então vigente, determina que não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações subsequentes, a operação ou prestação acobertada por documento fiscal ideologicamente falso.

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

(...)

V - a operação ou a prestação estiverem acobertadas por documento fiscal falso, ideologicamente falso ou inidôneo, salvo prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago;

Trata-se, portanto de infringência ao disposto no art. 69 da Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 69. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou os bens ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação.

Parágrafo único. O crédito somente será admitido após sanada a irregularidade porventura existente no documento fiscal.

A expedição de um ato declaratório é precedida de diligências especialmente efetuadas para a verificação e comprovação de qualquer uma das situações irregulares elencadas no RICMS. Ampla divulgação é dada aos atos expedidos pela Autoridade Fazendária, mediante a sua publicação no Diário Oficial, constando os motivos que ensejaram a declaração de inidoneidade ou falsidade dos respectivos documentos.

Cumpre-se salientar que não há qualquer dúvida quanto à caracterização dos documentos fiscais como ideologicamente falsos. O ato declaratório além de configurar formalmente a irregularidade, descreve a situação que ensejou a declaração, demonstrando de maneira inequívoca serem os documentos fiscais, materialmente, inábeis para legitimar o aproveitamento de créditos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em situações como a dos autos, tais operações não são levadas à tributação pelo emitente. Por conseguinte, não há recolhimento de imposto ao Estado de origem.

Ora, não tendo havido recolhimento de imposto na operação anterior, não há que se falar em compensação desses valores com o imposto devido na operação subsequente, porquanto justifica o estorno promovido pelo Fisco sob pena de violação ao princípio da não cumulatividade.

Ressalta-se que, em se tratando de operação representada por documento declarado falso, a regra é no sentido da vedação. Contudo, o legislador cuidou de estabelecer uma única ressalva a esta regra condicionando a apropriação à apresentação “de prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago” (segunda parte, inc. V, art. 70, Parte Geral do RICMS/02).

Todavia, não foram trazidos aos autos quaisquer documentos capazes de demonstrar a efetiva realização das operações, muito pelo contrário, nas oportunidades em que a Impugnante foi intimada a trazer aos autos documentos suficientes a demonstrar a efetivação das operações, esta sequer se manifestou.

Logo, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inc. XXXI da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrita, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado provas capazes de ilidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXI - por emitir ou utilizar documento fiscal falso ou ideologicamente falso - 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação ou da operação, cumulado com estorno de crédito na hipótese de sua utilização, salvo, nesse caso, prova concludente de que o imposto correspondente tenha sido integralmente pago;

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, não merecem acolhida, haja vista que não compete ao Órgão julgador administrativo apreciá-las, dado o impedimento previsto no art. 110, inciso I, do RPTA/MG, que assim dispõe:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...)

No tocante à correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, assevera-se que os arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Federal nº 9.430/96 determinam tal imposição, sendo disciplinada no âmbito do Estado de Minas Gerais pela Resolução nº 2.880/97, inclusive, conforme art. 2º, quanto ao seu termo inicial.

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Ressalte-se que a matéria vem sendo apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça e sendo confirmada a possibilidade de utilização da referida taxa, quando previsto no ordenamento tributário do Estado, como ocorre no presente caso.

Recentemente, a primeira sessão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de Recursos Especiais Repetitivos pacificou entendimento de que é legítima a aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários estaduais pagos em atraso. A decisão acolheu Recurso Especial (REsp nº 879.844) interposto pela AGE -Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, ainda à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Ricardo Wagner Lucas Cardoso.

Sala das Sessões, 29 de março de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

Cama/ml