

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.367/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000189034-18
Impugnação: 40.010134310-30 (Aut.), 40.010134311-11 (Coob.)
Impugnante: BS Construtora Ltda - ME
IE: 001707426.00-29
Alessandro Ezequiel Saraiva (Coob.)
CPF: 989.365.306-15
Coobrigado: Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul Ltda
IE: 702302413.00-13
Proc. S. Passivo: Silvio Siqueira (Aut/Coob.)
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a manutenção da Autuada e dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21 da Lei nº 6.763/75 c/c art. 124 do CTN.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO FISCAL FALSO/IDEOLOGICAMENTE FALSO. Constatou-se saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal hábil, caracterizada pela utilização de notas fiscais ideologicamente falsas, confeccionadas com Autorização de Impressão de Documentos Fiscais (AIDF), porém emitidas por contribuinte que encerrou irregularmente sua atividade, nos termos dos arts. 133-A, inciso I, alínea “b” e 149, inciso I, ambos da Parte Geral do RICMS/02. Exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 15/04/10 a 27/05/11, caracterizada pela utilização de documentos fiscais considerados ideologicamente falsos, confeccionados com Autorização de Impressão de Documentos Fiscais (AIDF), autorizada previamente pela Repartição Fazendária. Porém, a Coobrigada, emitente das notas fiscais, encerrou irregularmente suas atividades, nos termos dos arts. 133-A, inciso I, alínea “b” e 149, inciso I, ambos da Parte Geral do RICMS/02. Os documentos foram apreendidos no estabelecimento da empresa Autuada.

Exigem-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado, Alessandro Ezequiel Saraiva, apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação em conjunto às fls. 561/579.

A Fiscalização comparece aos autos às fls. 591/600 pugnando pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Compulsando os autos, verifica-se que não persiste qualquer vício capaz de determinar a nulidade dos procedimentos adotados pela Fiscalização.

O procedimento adotado pela Fiscalização teve início no momento em que essa diligenciou ao estabelecimento da Autuada e apreendeu documentos, nos termos que preceitua o art. 201, inciso II do RICMS/02, conforme trecho a seguir transcrito:

RICMS/02

Art. 201. Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

Os documentos fiscais foram apreendidos por meio do Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 003750. Nesse caso fica dispensada a emissão do AIAF (Auto de Início de Ação Fiscal), conforme dispõe o art. 69, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, “*in verbis*”:

RPTA/08

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

(...)

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

O art. 69 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, enumera quais documentos caracterizam o início da ação fiscal.

Também não merece prosperar a alegação de nulidade do Auto de Infração por fundamentação legal incompleta, ou seja, do art. 39, § 4º da Lei nº 6.763/75, visto que a citação completa desse dispositivo está transcrita no relatório fiscal (fls. 06/07) e no Comunicado nº 05/13 (fls. 519).

Ademais, estão transcritos nas mesmas folhas retro citadas, e também na parte de “Infringência/ Penalidade” do Auto de Infração o dispositivo legal que dispõe os casos em que o documento é considerado ideologicamente falso (art. 133-A, inciso I, alínea “b”, do RICMS/02).

Os dispositivos citados no Auto de Infração fundamentam o ilícito tributário praticado pelos Impugnantes, sendo suficientes para o perfeito entendimento das práticas ilícitas cometidas e garantindo, assim, perfeitas condições para o exercício regular do contraditório e da ampla defesa.

Assim, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de 15/04/10 a 27/05/11, caracterizada pela utilização de documentos fiscais considerados ideologicamente falsos, confeccionados com Autorização de Impressão de Documentos Fiscais (AIDF), autorizada previamente pela Repartição Fazendária. Porém, a Coobrigada, emitente das notas fiscais, encerrou irregularmente suas atividades, nos termos dos arts. 133-A, inciso I, alínea “b” e 149, inciso I, ambos da Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 133-A - Considera-se ideologicamente falso:

I - o documento fiscal autorizado previamente pela repartição fazendária:

(...)

b - de contribuinte que tenha encerrado irregularmente sua atividade;

(...)

Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

I - com documento fiscal falso ou ideologicamente falso;

A Autuada e o Coobrigado argumentam, em linhas gerais, que:

- em 27/05/11, a Fiscalização não flagrou qualquer “sonegação fiscal” nem emissão das notas fiscais da Coobrigada, Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul Ltda pela Autuada, BS Construtora Ltda;

- os documentos apreendidos estavam ali para guarda, pois não havia outro lugar para deixá-los;

- a Fiscalização considerou a data de 14/04/10 para fins de bloqueio da inscrição da Coobrigada Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul, e que essa, “... aflita pela necessidade de prosseguir com suas atividades...”, manteve suas operações de venda;

- possui personalidade própria e não pode ser responsabilizada por atos de terceiros, onde “...toda operação de venda objeto da fiscalização foi realizada pela Coobrigada Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul Ltda”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o ato declaratório de falsidade não pode retroagir seus efeitos;
- não havendo dolo ou reincidência a multa isolada poderá ser cancelada de ofício;
- não foram conferidos quaisquer créditos alusivos às operações reclamadas pela Fiscalização, o que ofende a regra da não cumulatividade.

Para melhor compreensão da situação fática, necessário observar, conforme ressaltado pela Fiscalização, que o Sujeito Passivo BS Construtora Ltda, à época dos fatos geradores e da busca e apreensão, tinha como razão social o nome de “Indústria e Comércio de Pães BS Ltda”, cujas atividades compreendiam a panificação, comércio de secos e molhados, comércio de frios e laticínios.

A empresa Indústria e Comércio de Pães BS Ltda era representada administrativamente pela Sra. Ana Paula Dias Borges (então esposa do Coobrigado Alessandro Ezequiel Saraiva), mas possuía também o Sr. Alessandro Ezequiel Saraiva como responsável e gerente da empresa, conforme declaração às fls. 521 do Auto de Infração.

Há época dos fatos geradores e da busca e apreensão, a Coobrigada Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul Ltda apresentava como sócios os senhores Alessandro Ezequiel Saraiva e Ana Paula Dias Borges e já havia paralisado suas atividades, conforme declaração do sócio (fls. 521/522) e termo de interdição da vigilância sanitária datado de 14/04/10 (fls. 524). Portanto, os sócios e responsáveis por ambas empresas eram as mesmas pessoas, Alessandro Ezequiel e Ana Paula Dias.

Correta a eleição do Coobrigado (Alessandro Ezequiel Saraiva) no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

A partir do momento em que a Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul Ltda parou de funcionar, o fornecimento de produtos que essa empresa havia contratado com seus clientes (Prefeitura Municipal de Uberlândia e outras pessoas jurídicas) passou a ser realizado pela Indústria e Comércio de Pães BS Ltda, porém com notas fiscais da empresa Coobrigada. A Coobrigada foi envolvida por seu Responsável (Alessandro Ezequiel Saraiva) quando esse forneceu seus blocos de notas fiscais para a Autuada dar saídas aos seus produtos, por esse motivo foi incluída como Coobrigada, no polo passivo do Auto de Infração. Já a empresa BS Construtora Ltda foi incluída como Autuada por ter sido ela que efetuou as saídas das mercadorias.

Diante de tais fatos, os argumentos trazidos aos autos pelos Impugnantes tornam-se extremamente frágeis para demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas pela Fiscalização.

Considerando que a Coobrigada Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul Ltda encontrava-se com suas atividades paralisadas e, partindo da análise da situação fática ora apresentada, conclui-se que a Autuada permanecia cumprindo as obrigações contratuais de fornecimento de mercadorias outrora assumidas pela Coobrigada, com a emissão irregular de documentos fiscais em nome daquela.

Isso ficou evidente quando, em verificação de rotina no Contribuinte Indústria e Comércio de Pães BS Ltda, a Fiscalização encontrou os talões de notas fiscais em nome da Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul Ltda.

Considerando, então, que a Coobrigada não estava operando em seu endereço e que havia emissão de suas notas fiscais, passou a Fiscalização às conclusões que culminaram com o lançamento ora em apreço.

Cabe observar que a Coobrigada Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul Ltda paralisou suas atividades e nada informou à Fiscalização. Assim diz o art. 96, inciso V do RICMS/02:

RICMS/02

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

V - comunicar à repartição fazendária no prazo de 5 (cinco) dias, contado do registro do ato no órgão competente ou da ocorrência do fato, alteração contratual ou estatutária, mudança de endereço comercial e de domicílio civil dos sócios, venda ou transferência de estabelecimento, encerramento ou paralisação temporária de atividades, observado neste último caso o disposto nos §§ 4º e 5º deste artigo e nos art. 109-A e 109-B deste Regulamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O ato declaratório de falsidade ideológica (fls. 517) está em consonância com o que dispõe a legislação do ICMS e com os fatos cometidos pela Panificadora e Confeitaria Estrela do Sul Ltda.

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

Assim, o ato declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação preexistente, não cria nem estabelece coisa nova.

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*)”.

Portanto, o ato declaratório é de natureza declaratória e não normativa. A publicação do ato no Diário Oficial do Estado visa apenas tornar público o que já existia.

Cumprе 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 ser os documentos fiscais, materialmente, inábeis para legitimar o aproveitamento de créditos.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo. (Grifou-se)

Equivocam-se os Impugnantes quando falam em cobrança de multa com reincidência. A cobrança de multa em dobro por haver reincidência está disciplinada nos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei 6.763/75. Tais dispositivos não foram capitulados no Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As penalidades, em razão das infrações praticadas, foram aplicadas em conformidade com a legislação tributária mineira, transcritas a seguir:

LEI Nº 6.763/75

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;

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Quanto à ofensa ao princípio da não cumulatividade, melhor sorte não assiste aos Impugnantes, haja vista que a Fiscalização em momento algum impediu ou está impedindo que eventuais créditos lícitos sejam apropriados pela empresa Autuada.

O § 2º do art. 67 do RICMS/02 permite o aproveitamento extemporâneo do crédito, bastando apenas que os Impugnantes apresentem a documentação necessária para a tomada dos créditos pertinentes.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 19 de setembro de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Relator**

EJ/D