

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.574/14/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000211179-67
Impugnação: 40.010136604-71, 40.010136605-43 (Coob.)
Impugnante: Cafeeira Milênio Ltda - ME
IE: 001033072.00-90
Anísio Ferreira (Coob.)
CPF: 581.171.996-53
Proc. S. Passivo: Antônio Novais Caiafa/Outro(s)
Origem: DFT/Poços de Caldas

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL IDEOLOGICAMENTE FALSO. Constatado, mediante verificação fiscal analítica, 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. Como não restou comprovada a real e efetiva ocorrência da operação descrita nas notas fiscais, objeto da autuação, e não foram carreados aos autos comprovantes de recolhimento do ICMS devido pelos emitentes dos documentos fiscais, legítimas as exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência do sócio, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21 § 2º, inciso II, da Lei nº 6763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude de ter a Autuada aproveitado, indevidamente, no período de junho a agosto de 2009, créditos do imposto destacado em notas fiscais declaradas 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 nº 6.763/75.

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 120/140 e 182/194, respectivamente, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 201/220.

DECISÃO

Da Preliminar

Argui, a Defesa, a nulidade do lançamento em epígrafe, uma vez que houve inobservância de ato essencial à lavratura do Auto de Infração, qual seja, a falta de expedição de “ordem de serviço” nas ações fiscais.

Argui, ainda, que o prazo para a conclusão da ação fiscal já teria expirado, pois o AIAF foi entregue em 05/12/13, devendo, a ação fiscal, ter sido concluída até 05/03/14.

Argumenta, também que para validade do ato administrativo deveria ser observado o princípio da motivação, pois somente assim, permitiria o contraditório e a ampla defesa, visto que o Fisco não cuidou de mencionar qual teria sido a conduta do Coobrigado que pudesse, ao menos em tese, render ensejo à pretendida corresponsabilidade.

Todavia, razão não lhe assiste, conforme se verá.

Vale destacar que, o AIAF foi recebido pela Autuada em 05/12/13, porém, por meio do Termo de Intimação – INTIM/DFTPC/00216/2014 (fls. 08/09), foi prorrogado por igual período, nos termos do art. 70, § 3º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, estando válido quando da lavratura do Auto de Infração.

Com relação às demais argumentação tem-se que o lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização. Proceder nos termos da lei, na hipótese de lançamento tributário e nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, é se pautar nos seguintes passos:

- 1 – verificar a ocorrência do fato gerador;
- 2 – determinar o crédito tributário;
- 3 – calcular o imposto devido;
- 4 – identificar o sujeito passivo;
- 5 – identificar a penalidade (propor a penalidade a ser aplicada de acordo com a norma legal própria).

Verifica-se que o Auto de Infração em análise é válido, pois atende ao disposto na norma legal retrocitada.

Deve ser ressaltado que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que, efetivamente, é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim estabelece:

SEÇÃO III

DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

(...)

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

(...)

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Por esses fatos e fundamentos, a presente autuação preenche todos os requisitos indispensáveis, uma vez estar demonstrado que esta condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Autuada tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, assegurado o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Frise-se que não prospera o argumento de prejuízo à defesa e de nulidade do Auto de Infração, porque não padece ele dos vícios que lhe foram imputados. Da análise do Auto de Infração em apreciação, em face das normas supratranscritas, verifica-se cabalmente que ele atende a todos os requisitos impostos pela legislação tributária mineira.

Cumprе destacar que várias questões levantadas pelos Impugnantes em relação à possível existência de vícios na formalização do lançamento ora analisado confundem-se com o mérito e serão assim verificadas.

Desse modo, não se justifica a alegada nulidade do AI, nem mesmo se vislumbra, no caso, cerceamento de defesa, razão pela qual indefere-se a preliminar arguida.

Do Mérito

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude de ter a Autuada aproveitado, indevidamente, créditos do imposto destacado em notas fiscais declaradas ideologicamente falsas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, conforme Ato Declaratório nº 12.067.110.000994, publicado no Diário Oficial de Minas Gerais do dia 24/09/09, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

(...)

§ 4º - Na forma que dispuser o regulamento, para efeito da legislação tributária, fazendo prova somente a favor do Fisco, considera-se:

(...)

II - ideologicamente falso:

a) o documento fiscal autorizado previamente pela repartição fazendária:

a.1 - que tenha sido extraviado, subtraído, cancelado ou que tenha desaparecido;

a.2 - de contribuinte que tenha encerrado irregularmente sua atividade;

a.3 - de contribuinte inscrito, porém sem estabelecimento, ressalvadas as hipóteses previstas em regulamento;

a.4 - que contenha selo, visto ou carimbo falsos;

a.5 - de contribuinte que tenha obtido inscrição estadual ou alteração cadastral com a utilização de dados falsos;

a.6 - não enquadrado nas hipóteses anteriores e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação;

b) o documento relativo a recolhimento de imposto com autenticação falsa;

A autuação foi precedida da lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF nº 10.000007105.87, recebido pelo Sujeito Passivo em 05/12/2013 (fl. 07),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prorrogado por meio do Termo de Intimação – INTIM/DFTPC/00216/2014 (fls. 08/09), tendo por objeto a averiguação de créditos do ICMS.

O estorno procedido pelo Fisco está sustentado em Ato Declaratório de Falsidade Ideológica dos documentos fiscais de contribuinte com atividades encerradas irregularmente, constantes do banco de dados da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, fls. 25/26.

A Autuada argumenta que o aproveitamento do crédito é legítimo e legal, em observância ao princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal.

Porém, o direito de crédito garantido pelo princípio da não cumulatividade previsto na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 87/96 e na legislação tributária mineira não se confunde com as providências formais exigidas para o seu exercício, o qual depende de normas instrumentais de apuração.

Diz o art. 155, inciso II, § 2º, inciso I da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

A interpretação do dispositivo transcrito conduz à conclusão de que o contribuinte deve compensar o imposto devido em cada operação de circulação de mercadoria com o imposto cobrado na operação anterior.

O art. 23 da Lei Complementar nº 87/96 e o art. 30 da Lei nº 6.763/75, a seguir transcritos, estatuem 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:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 23 - O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Estadual nº 6.763/75

Art. 30 - O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação.

A Lei Complementar nº 87/96 introduziu a exigência de escrituração idônea, a fim de que a apuração do imposto devido pudesse prevalecer, mantendo a consonância com a Lei Federal nº 6.404/76 e os princípios contábeis geralmente aceitos.

Assim, a falta de instrumentalização necessária para o exercício do direito, que depende exclusivamente do interessado, não implica qualquer inconstitucionalidade, já que o direito mantém-se pleno e intacto aguardando sua regular fruição.

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

Entretanto, no que tange ao estorno de créditos, consubstanciado pela declaração de que os documentos fiscais relacionados são ideologicamente falsos, destaca-se que os atos declaratórios foram publicados em datas anteriores ao início da ação 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/02. 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 falsidade/inidoneidade dos respectivos documentos.

É pacífico na doutrina o efeito “*ex tunc*” dos atos declaratórios, pois não é o ato em si que impregna os documentos de falsidade/inidoneidade, 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*).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Ademais, não houve contestação dos atos de falsidade relacionados no presente lançamento, nos termos do art. 134-A do RICMS/02, como se segue:

Art. 134-A - Declarada a falsidade de documento fiscal, qualquer contribuinte interessado poderá recorrer dos fundamentos do ato administrativo, no prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação do ato declaratório, apresentando:

(...)

verbis: Ressalta-se, ainda, as disposições contidas no art. 135 do RICMS/02, *in*

Art. 135 - Os documentos falsos, ideologicamente falsos ou inidôneos fazem prova apenas a favor do Fisco.

Parágrafo único - Constatada a falsidade ou a inidoneidade de documento fiscal, nos termos dos artigos anteriores, a ação fiscal independe de ato declaratório prévio que o tenha considerado falso ou inidôneo.

Os Impugnantes defendem-se afirmando que as aquisições e bonificações recebidas foram feitas de boa-fé.

A propósito, o STJ decidiu, em sede de recurso repetitivo, pacificando o entendimento sobre a matéria, no sentido de que, realmente, o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela irregularidade de notas fiscais emitidas pelos fornecedores, sendo possível o aproveitamento dos créditos, cabendo-lhe, porém, demonstrar a efetiva realização das operações:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.148.444 - MG (2009/0014382-6)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.

(...)

NADA OBSTANTE, A JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO É NO SENTIDO DE QUE O COMERCIANTE QUE ADQUIRE MERCADORIA, CUJA NOTA FISCAL (EMITIDA PELA EMPRESA VENDEDORA) TENHA SIDO,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA, É CONSIDERADO TERCEIRO DE BOA-FÉ, O QUE AUTORIZA O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DO ICMS PELO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA EFETUADA (EM OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 136, DO CTN) (...)

NO MESMO DIAPASÃO, CONFIRAM-SE AS EMENTAS DOS SEGUINTES JULGADOS DESTA CORTE:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO MERCANTIL. NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. SÚMULA 7/STJ. CABIMENTO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. REITERAÇÃO DE TESE JÁ SUPERADA. VÍCIOS INEXISTENTES. EMBARGOS REJEITADOS. CARÁTER PROCRASTINATÓRIO. MULTA.

(...)

2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PACIFICOU-SE NO SENTIDO DE QUE O ADQUIRENTE DE BOA-FÉ NÃO PODE SER RESPONSABILIZADO PELA INIDONEIDADE DE NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA EMPRESA VENDEDORA. NESSE CASO, É POSSÍVEL O APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS RELATIVO ÀS REFERIDAS NOTAS FISCAIS. TODAVIA, PARA TANTO, É NECESSÁRIO QUE O CONTRIBUINTE DEMONSTRE, PELOS REGISTROS CONTÁBEIS, QUE A OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA EFETIVAMENTE SE REALIZOU, INCUMBINDO-LHE, PORTANTO, O ÔNUS DA PROVA.

(...)

7. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS, COM APLICAÇÃO DE MULTA." (EDCL NOS EDCL NO RESp 623.335/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 11.03.2008, DJE 10.04.2008)

"TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO - DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO COMERCIAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS - SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. A JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA É NO SENTIDO DE QUE, PARA APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS RELATIVO A NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO, É NECESSÁRIO QUE O CONTRIBUINTE DEMONSTRE PELOS REGISTROS CONTÁBEIS QUE A OPERAÇÃO COMERCIAL EFETIVAMENTE SE REALIZOU, INCUMBINDO-LHE, POIS, O ÔNUS DA PROVA, NÃO SE PODENDO TRANSFERIR AO FISCO TAL ENCARGO. PRECEDENTES.

(...)

5. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, IMPROVIDO." (REsp737.135/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 14.08.2007, DJ 23.08.2007)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO MERCANTIL. NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE. TRIBUNAL DE ORIGEM. SOBERANIA NA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

2. A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PACIFICOU-SE NO SENTIDO DE QUE O ADQUIRENTE DE BOA-FÉ NÃO PODE SER RESPONSABILIZADO PELA INIDONEIDADE DE NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA EMPRESA VENDEDORA, SENDO CERTO QUE, NESSE CASO, É POSSÍVEL O APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS RELATIVO ÀS REFERIDAS NOTAS FISCAIS. TODAVIA, PARA TANTO, É NECESSÁRIO QUE O CONTRIBUINTE DEMONSTRE, PELOS REGISTROS CONTÁBEIS, QUE A OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA EFETIVAMENTE SE REALIZOU, INCUMBINDO-LHE, PORTANTO, O ÔNUS DA PROVA.

3. O DISPOSTO NO ART. 136 DO CTN NÃO DISPENSA O CONTRIBUINTE, EMPRESA COMPRADORA, DA COMPROVAÇÃO DE QUE AS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS CORRESPONDEM A NEGÓCIO EFETIVAMENTE REALIZADO.

(...)

5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO." (REsp 623.335/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 07.08.2007, DJ 10.09.2007)

(...)

"PROCESSUAL - TRIBUTÁRIO - REEXAME DE PROVA - VEDAÇÃO PELA SÚMULA 7/STJ - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - CRÉDITO DE ICMS - NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO - DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO COMERCIAL - ÔNUS PROBANDI DO CONTRIBUINTE.

(...)

4. A JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA É NO SENTIDO DE QUE, PARA APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS RELATIVO A NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO, É NECESSÁRIO QUE O CONTRIBUINTE DEMONSTRE PELOS REGISTROS CONTÁBEIS QUE A OPERAÇÃO COMERCIAL EFETIVAMENTE SE REALIZOU, INCUMBINDO-LHE, POIS, O ÔNUS DA PROVA, NÃO SE PODENDO TRANSFERIR AO FISCO TAL ENCARGO. PRECEDENTES.

5. RECURSO IMPROVIDO." (REsp 556.850/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 19.04.2005, DJ 23.05.2005)

(...)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS RESULTANTES DE NOTA FISCAL. DECLARAÇÃO SUPERVENIENTE DA INIDONEIDADE DE QUEM A EMITIU. VERIFICADO QUE O CONTRIBUINTE APROVEITOU CRÉDITO DECORRENTE DE NOTA FISCAL EMITIDA POR QUEM ESTAVA EM SITUAÇÃO IRREGULAR

(AINDA QUE SÓ DECLARADA POSTERIORMENTE), O RESPECTIVO MONTANTE SÓ É Oponível AO FISCO SE DEMONSTRADO, PELOS REGISTROS CONTÁBEIS, QUE A OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA REALMENTE ACONTECEU. HIPÓTESE, TODAVIA, EM QUE O LANÇAMENTO FISCAL FOI EFEITO IMEDIATO DA DECLARAÇÃO, SUPERVENIENTE, DA INIDONEIDADE DO EMITENTE DA NOTA FISCAL, SEM QUE A EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA TENHA SIDO CONTESTADA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO." (RESP 89.706/SP, REL. MINISTRO ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 24.03.1998, DJ 06.04.1998)

Portanto, a comprovação da boa-fé do adquirente que legitima o aproveitamento de crédito oriundo de nota fiscal ideologicamente falsa materializa-se com o lançamento contábil das notas fiscais autuadas e dos respectivos pagamentos efetivados.

Destaca-se que a simples apresentação de cópias de cheques e extratos bancários contendo os pagamentos não é prova suficiente. Os recursos financeiros utilizados como pagamento, mesmo transitando pelas contas bancárias da empresa, se não levados à contabilização, podem ser considerados extrafiscais.

Ainda nessa linha de condicionantes legais para o creditamento do imposto, dispõe o Regulamento do ICMS de Minas Gerais, em seu art. 70, inciso V, que, na hipótese de declaração de falsidade documental, o crédito somente será admitido mediante prova inequívoca de que o imposto destacado tenha sido efetivamente pago na origem. Confira-se:

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

(...)

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

Com relação às consultas feitas pela Impugnante no Sintegra, não são capazes de comprovar a regularidade das empresas emitentes dos documentos fiscais declarados ideologicamente falsos. A própria consulta do Sintegra traz a seguinte informação: *“os dados acima estão baseados em informações fornecidas pelos próprios contribuintes cadastrados. Não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de direito, não são oponíveis à Fazenda e nem excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com eles ajustadas”*.

Caminhando no mesmo sentido, este Conselho tem decidido pela procedência do lançamento em casos semelhantes, como nos Acórdãos nºs 20.930/13/3ª e 20.784/13/3ª.

O Fisco analisa toda a documentação, inclusive os “comprovantes de pagamento” apresentados, constatando-se que não há vinculação fática, comercial e jurídica na forma como foram feitas e apresentadas às aludidas “provas”, sendo observados os seguintes fatos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não houve a emissão de duplicatas referentes às notas fiscais;
- os alegados pagamentos dos produtos, não coincidem com valores e datas de pagamentos consignados em cada nota fiscal emitida;
 - dentre os documentos de pagamento apresentados, incluem-se as “cópias de cheques” de fls. 66/87, que se tratam de documentos internos da empresa, sem vinculação com as operações;
 - nos documentos apresentados como comprovantes de pagamento, veem-se as cópias de cheques alegados como sendo pagamento dos produtos, nominais a firma emitente de notas fiscais ideologicamente falsas e, cópias de “comprovantes de TED”, refletindo uma situação incoerente, pois, indica duas formas de pagamento distintas, para uma mesma operação;
 - verifica-se a tentativa de adequar os referidos pagamentos, sem rigor técnico, contábil e fiscal, numa cópia de cheque em que foi aposta a nominação de beneficiário do cheque em caneta esferográfica azul na cópia tipo “xerox”.

A defesa afirma haver ocorrido à época apenas a circulação simbólica dos produtos e pretendeu vincular os extratos bancários e pagamentos, entretanto, o que se verifica é a falta de correlação de valores e vinculação das operações aos aludidos pagamentos das mercadorias, fragilizando qualquer tese possível a ser aceita frente aos atos e fatos constatados e documentados.

Com relação às notas fiscais de sua emissão, destinadas à empresa “Ethos Empreendimentos e Participações Ltda”, de Contagem/MG, fls. 160/167, em que as mercadorias estariam depositadas, verifica-se em consulta aos dados de cadastro da empresa, assim como a “Minas Moinhos”, também foi declarada “desaparecida” desde 27/07/09, conforme Ato Declaratório nº 000006464.

Cita-se, ainda, outras duas autuações para a Autuada, lavradas pelo mesmo motivo e fundamento do presente trabalho fiscal. O Fisco inclusive, cuidou de trazer os valores autuados no Auto de Infração de nº. 01.000168400-95 por haver períodos coincidentes, demonstrando, dessa forma, um procedimento contumaz do administrador de utilizar documentos inidôneos na escrita de sua empresa.

Considerando, ainda, que não há prova de que o imposto devido pela empresa Minas Moinhos Comércio Indústria e Beneficiamento de Alimentos (emitente) foi pago, devem ser mantidas as exigências do presente auto de infração.

O Fisco promoveu a recomposição da conta gráfica (fls. 21), na qual se verificam saldos devedores nos meses de junho a setembro de 2009, impondo-se a exigência de ICMS e Multa de Revalidação pela falta de pagamento do imposto pela utilização de créditos oriundos de documentos fiscais declarados ideologicamente falsos.

Assim, restando plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado provas capazes de ilidir o trabalho fiscal, legítimo o estorno do crédito com a consequente exigência de ICMS e multas de revalidação e Isolada, esta última prevista no inciso XXXI do art. 55 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. 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 consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

No tocante às multas, elas foram exigidas na forma da legislação tributária estadual, sendo cobradas conforme a natureza da infração cometida. Percebe-se que tais penalidades possuem naturezas distintas e têm como referência valores diversos. A multa de revalidação refere-se a descumprimento de obrigação principal exigida em razão do não recolhimento do imposto, no todo ou em parte, enquanto que a multa isolada aplica-se sobre descumprimento de obrigação acessória.

Segundo o entendimento exarado pela Coordenação do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, no Parecer Normativo Nº 61/79, “punitiva é aquela penalidade que se funda no interesse público de punir o inadimplente. É a multa proposta por ocasião do lançamento. É aquela mesma cuja aplicação é excluída pela denúncia espontânea a que se refere o art. 138 do Código Tributário Nacional - CTN, onde o arrependimento oportuno e formal da infração faz cessar o motivo de punir”.

Por outro lado, a multa de natureza compensatória destina-se, diversamente, não a afligir o infrator, mas a compensar o sujeito ativo pelo prejuízo suportado em virtude do atraso no pagamento que lhe era devido. É penalidade de caráter civil, posto que comparável à indenização prevista no direito civil. Em decorrência disso, nem a própria denúncia espontânea é capaz de excluir a responsabilidade por esses acréscimos, via de regra, chamados moratórios.

Nesse sentido é o entendimento de abalizada doutrina.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, atualizado por Misabel Derzi, 11ª ed., p. 759), as penalidades compreendem as infrações, relativas ao descumprimento do dever de pagar o tributo tempestivamente e as infrações apuradas em autuações, de qualquer natureza (multas moratórias ou de revalidação) e as infrações aos deveres de fazer ou não fazer, chamados acessórios (às quais se cominam multas específicas).

Quanto à alegação da natureza confiscatória dos tributos, a tributarista Misabel Abreu Machado Derzi, em suas notas de atualização da obra “Limitações constitucionais ao poder de tributar” do imortal Aliomar Baleeiro, 7ª edição, 1988, p. 579-580, assinala a impropriedade de se tentar correlacionar o princípio do caráter não confiscatório dos tributos e as sanções tributárias. São suas palavras:

Finalmente, no exame dos efeitos confiscatórios do tributo, deve ser feita abstração de multas e juros acaso devidos. As sanções de modo geral, desde a execução judicial até as multas, especialmente em caso de cumulação, podem levar a perda substancial do patrimônio do contribuinte, sem ofensa do direito.

Aliás, o art. 150, IV, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda (ou de sua fonte). Não impede entretanto, a aplicação de sanções e a execução de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar o tributo com efeito de confisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

(...)

Igualmente, o art. 150, IV da Constituição Federal brasileira não transforma tributo em confisco, nem equipara esses institutos, apenas veda efeitos iguais; também não visa a proteger os incautos, omissos e infratores dos deveres jurídicos.

O Impugnante coobrigado Sr. Anísio Ferreira, sócio-administrador da empresa autuada no presente auto de infração, requer a nulidade do ato administrativo de sua inclusão no polo passivo da autuação, por entender não haver justificativa diante da ausência de fatos e pressupostos de fato e de direito que ensejaram o ato administrativo formal previsto na legislação, o que não deve prosperar.

No tocante a responsabilidade do sócio, verifica-se que, conforme consulta à JUCEMG, fls. 97 a 115, a administração da sociedade à época das irregularidades cabia ao Sócio Coobrigado.

Entende-se que pela natureza das irregularidades constatadas pelo Fisco no presente trabalho fiscal, os atos ou as omissões do sócio administrador concorreram para o não recolhimento do tributo.

Ademais, importante mencionar o que estabelece o art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN e o art. 21, §2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Código Tributário Nacional

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 6763/75

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

Assim, responde o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

Entende-se que no caso, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e, sim, a ação ou omissão que causou prejuízo ao Erário mineiro.

É de se esperar que o sócio-administrador tenha pleno conhecimento e poder de comando sobre toda a atividade da empresa, sendo certo que as alegadas aquisições de mercadorias na forma como foram feitas, inclusive com os argumentos de defesa conflitantes e contraditórios, e levadas a efeito com o registro de notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, caracterizam a intenção de fraudar os cofres públicos.

Destaque-se que o contribuinte teve mais de quatro anos entre as aquisições, a declaração de inidoneidade dos documentos fiscais utilizados em sua escrita fiscal e a lavratura do presente auto de infração, para observar e aplicar corretamente a legislação tributária, tomando a iniciativa de corrigir sua escrita, com o estorno dos documentos ideologicamente falsos e respectivos créditos, recolhendo o imposto devido ao erário mineiro, agravado pelo fato de já ter sido anteriormente autuado pela mesma conduta.

Pelo exposto, entende-se correta e legalmente prevista a inclusão do sócio administrador no polo passivo.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos signatários, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 03 de dezembro de 2014.

Fernando Luiz Saldanha
Presidente

Guilherme Henrique Baeta da Costa
Relator

D/D

CC/MG