

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.833/15/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000209415-85
Impugnação: 40.010135716-05, 40.010135597-45 (Coob.)
Impugnante: Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda
IE: 186829142.00-52
Edson Bicalho Braga (Coob.)
CPF: 475.042.006-97
Coobrigados: José Hazenclever Ramos
CPF: 741.880.546-20
Rose Maire Almeida Ramos
CPF: 895.850.896-53
Proc. S. Passivo: Alexandre Leal de Oliveira/Outro(s), João Henrique Galvão
Origem: DF/Contagem

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIOS - CORRETA A ELEIÇÃO – Legítima a manutenção dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN) c/c o art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, uma vez que os atos praticados levaram à diferença na apuração de saldo do ICMS na conta gráfica, com a diminuição no recolhimento do imposto devido.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR– CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição para o polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN) c/c o art. do 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez que restou comprovado nos autos que o sujeito passivo é o administrador do estabelecimento autuado.

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 foram carreados aos autos comprovantes de recolhimento do ICMS devido pelos emitentes dos documentos fiscais e, a real e efetiva ocorrência da operação descrita nas notas 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.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude de ter a Autuada aproveitado indevidamente, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, créditos do imposto destacado em notas fiscais declaradas ideologicamente falsas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, mediante Ato Declaratório nº 12.186.210.007435, publicado no Diário Oficial de Minas Gerais em 20/08/13.

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

Os trabalhos apresentados nestes autos originam-se da denominada “Operação Laranja Lima”, realizada em conjunto, SEF/MG, SEFAZ/SP, Ministério Público de Minas Gerais e de São Paulo e Polícias dos dois estados.

Com base nos resultados da operação, a empresa paulista Qualityçucar Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, fornecedora de açúcar da Autuada, teve sua inscrição estadual cassada por procedimento regular da Fiscalização do Estado de São Paulo e posterior publicação de ato de falsidade documental pelo Estado de Minas Gerais, ocasionando a exigência fiscal sob apreço.

Inconformados, o Coobrigado, Edson Bicalho Braga e a Autuada, apresentam, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 627/642 e 693/757, respectivamente.

A Fiscalização anexa documentos às fls. 4.884/4.954 e abre vistas às Partes.

A Autuada reitera os termos da Impugnação às fls. 4.959/4.963.

A Fiscalização junta novos documentos às fls. 4.988/5.028 e reabre vistas.

A Autuada retorna aos autos e reitera, novamente, os termos das Impugnações anteriores às fls. 5.039/5.041.

A Fiscalização manifesta-se com relação às argumentações do Coobrigado às fls. 5.046/5.068 e da Autuada às fls. 5.069/5.111.

DECISÃO

Das Preliminares

Da busca e apreensão, do cerceamento de defesa e do ato declaratório

Preliminarmente, cumpre destacar que os Impugnantes, a Autuada e o Coobrigado/Edson Bicalho Braga, alegam nulidade do lançamento sob a acusação de cerceamento do direito a ampla defesa e ao contraditório, ao argumento da falta de acesso e devolução da documentação utilizada no trabalho fiscal e, ainda, da ilicitude na obtenção das provas mediante busca e apreensão.

Porém, razão não lhes assiste.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Auto de Infração (AI) foi lavrado nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e contém todas as exigências legais previstas no art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Registre-se que foi concedido aos Sujeitos Passivos o direito ao contraditório e a ampla defesa e verifica-se que manifestaram-se nos autos.

A ação fiscal procedida junto ao estabelecimento autuado encontra-se respaldada no CTN, recepcionada pela Constituição da República em seu art. 195:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Por sua vez, a legislação mineira regulamenta os procedimentos relacionados à apreensão de documentos, nos termos dos arts. 201 e 202 do RICMS/02, que assim tratam da matéria:

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.

(...)

Art. 202. A apreensão será efetuada mediante a lavratura de Auto de Apreensão e Depósito, assinado pelo apreensor, pelo detentor da mercadoria ou do bem apreendido, ou pelo seu depositário, e, se possível, por 2 (duas) testemunhas.

No caso dos autos, a documentação foi apreendida mediante a lavratura de Auto de Apreensão e Depósito.

Como bem esclarece a Fiscalização na sua manifestação:

(...)

O AUTO DE INFRAÇÃO E SEUS ANEXOS, FORAM ENCAMINHADOS E RECEBIDOS PELO SUJEITO PASSIVO E PELOS COOBRIGADOS EM 20/12/2013 E 26/12/2013 ATRAVÉS DOS AVISOS DE RECEBIMENTO DE SEGUINTE IDENTIFICAÇÃO (AR'S WSA547543048BR; SA547543025BR; SA547543034BR; SA547543051BR). NESTES CONSTAM CÓPIAS DE TODA A DOCUMENTAÇÃO QUE DÁ SUSTENTAÇÃO AO FEITO FISCAL, INCLUSIVE AS CÓPIAS DOS DOCUMENTOS APREENDIDOS POR MEIO DO AAD Nº 006080. OS DEMAIS DOCUMENTOS APREENDIDOS E NÃO CONSTANTES DO AUTO DE INFRAÇÃO NÃO SE MOSTRARAM RELEVANTES E NÃO FORAM UTILIZADOS PARA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO TRIBUTÁRIO, VISTO QUE TODA A DOCUMENTAÇÃO ANEXADA AOS AUTOS É SUFICIENTE PARA COMPROVAÇÃO DA IRREGULARIDADE COMETIDA, QUAL SEJA, O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS PROVENIENTE DO IMPOSTO DESTACADO DOS DOCUMENTOS FISCAIS DECLARADOS IDEOLOGICAMENTE FALSOS, CONFORME ATO DECLARATÓRIO Nº 12.186.210.007435, DE 24/07/2013, PUBLICADO NO “MG” DE 20/08/2013.

Os arts. 69 e 71 do RPTA estabelecem a finalidade do Auto de Apreensão e seus efeitos, com a seguinte redação:

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);

(...)

Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

Parágrafo único. O Auto conterá a descrição do objeto da apreensão e, em se tratando de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação.

A licitude da apreensão de documentos extrafiscais encontra amparo no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que ao apreciar a Apelação Cível nº 1.0027.08.176278-6/003, proferiu a seguinte decisão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA APREENSÃO DE DOCUMENTOS EFETIVADA PELO FISCO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL - LEGALIDADE – CONDUTA REALIZADA MEDIANTE OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO.

NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI ESTADUAL 6.763/75 E ART. 194 E SEGUINTE DO CTN É LÍCITO AOS AGENTES FISCAIS, NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA, APREENDER DOCUMENTOS DESTINADOS A COMPROVAR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, NÃO HAVENDO NULIDADE NO ATO DE APREENSÃO QUANDO ESTE SE DÁ MEDIANTE CONCESSÃO DO RECIBO CONTENDO A DESCRIÇÃO DOS DOCUMENTOS APREENHIDOS.

(GRIFOU-SE).

Assim, a motivação para a apreensão de livros e documentos fiscais será sempre o exame das operações realizadas pelo contribuinte, que não pode se furtar às ações da Fiscalização.

É imperioso ressaltar que a apreensão ocorreu em cumprimento de um mandado judicial de Busca e Apreensão cumprido em operação conjunta da SEF/MG e

SEFAZ/SP, do Ministério Público de Minas Gerais e do Ministério Público de São Paulo, denominada Operação Laranja Lima, com apoio das Polícias Civil e Militar.

Do mesmo modo não merece acolhida a nulidade arguida referente à falta de intimação da Autuada para a contestação da publicação do ato declaratório de falsidade dos documentos emitidos pela empresa paulista.

O ato teve a devida e legalmente prevista publicidade e caberia aos Interessados as contestações no prazo regulamentar conforme se verá quando da análise do mérito do trabalho fiscal.

Nota-se que as cópias dos atos que declararam ideologicamente falsos os documentos fiscais estão anexadas aos autos, tendo sido, inclusive, entregues aos Impugnantes juntamente com o AI.

Pelo exposto, rejeita-se as prefaciais arguidas.

Da Prova Pericial

A Impugnante/Atuada pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender necessária à elucidação de eventuais obscuridades do processo. Para tanto, formula os quesitos de fls. 755/756.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil). Ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, decisão já proferida abordando a questão anteriormente:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG)

Ademais, prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, indefere-se o pedido de perícia.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude de ter a Autuada aproveitado, indevidamente, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, créditos do imposto destacado em notas fiscais declaradas ideologicamente falsas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, mediante Ato Declaratório nº 12.186.210.007435, publicado no Diário Oficial de Minas Gerais em 20/08/13, 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

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

A Impugnante/Autuada pleiteia que seja considerado decaído o direito da Fiscalização de lançar, relativamente aos fatos geradores relativos ao exercício de 2008 de acordo com o § 4º do art. 150, ou nos moldes do inciso I do art. 173, ambos do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelecem os mencionados dispositivos, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos e/ou do primeiro dia do exercício seguinte, contados da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública Estadual tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Sobre o tema, decidiu no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO:

AGRG NO ARES 76977 RS 2011/0191109-3

RELATOR(A):

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO:

12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR:

T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO:

DJE 19/04/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, *IN CASU*, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCÉDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2008 somente expirou em 31/12/13, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada e os Coobrigados foram regularmente intimados da lavratura do Auto de Infração em 20/12/13 e 26/12/13.

Quanto ao mérito propriamente dito, argumenta a Autuada 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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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, estatuem que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto está condicionado à idoneidade da documentação, *in verbis*:

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.

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.

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 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; (Grifou-se)

É importante destacar que não foram anexados aos autos quaisquer comprovantes do recolhimento do imposto pago pelos remetentes das mercadorias, o que legitimaria o creditamento pretendido. Muito pelo contrário, existe o posicionamento da Fiscalização do Estado de São Paulo sobre o conluio e a triangulação envolvendo a fornecedora cujos créditos foram glosados.

Entende, ainda, a Impugnante/Autuada que não pode ser considerado incorreto o uso do crédito do imposto destacado nas notas fiscais autuadas, uma vez que as transações foram firmadas antes da publicação dos atos de falsidade.

Cumprе esclarecer, que o ato declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação preexistente, não cria nem estabelece um novo fato.

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 dos respectivos documentos.

Como no caso presente trata-se de empresa cadastrada na SEFAZ/SP, utilizou-se dos procedimentos levados a efeito pelos Auditores Fiscais paulistas para o correspondente instrumento publicado em Minas Gerais.

No arrazoado elaborado pelos Auditores Fiscais de São Paulo para justificar a cassação da inscrição estadual foram elencadas duas condutas bases para instauração do processo, quais sejam: a) simulação de quadro societário e b) interposição de embargos à fiscalização.

Veja o que afirma a Fiscalização daquele Estado no documento:

5. ESSAS DUAS CONDUTAS, ALÉM DE TORNAREM EVIDENTE A GRAVIDADE DA IRREGULARIDADE PRATICADA, A GRANDE FREQUÊNCIA E PARTICIPAÇÃO RELATIVA DESTA NO CONJUNTO DAS ATIVIDADES EXERCIDAS PELO CONTRIBUINTE, CONSTITUEM HIPÓTESES QUE AUTORIZAM A CASSAÇÃO DA EFICÁCIA DA INSCRIÇÃO ESTADUAL MEDIANTE A INSTAURAÇÃO DE PAC (...) ADEMAIS, COMO INFORMA A PROPOSTA DE FLS. 2-41, AS PRÁTICAS FRAUDULENTAS SE VERIFICAM DESDE O INÍCIO DA ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO, RAZÃO PORQUE, EM CASO DE VIR A SER DECRETADA A CASSAÇÃO DA INSCRIÇÃO, OS EFEITOS DESTE ATO DEVEM REMONTAR À DATA DA ABERTURA DA EMPRESA.

Noutra vertente, é pacífico na doutrina o efeito “extunc” 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.

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 (*extunc*).

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.

Destaca-se que os atos declaratórios foram publicados em datas anteriores ao início da ação fiscal e não houve contestação do ato de inidoneidade relacionado no presente lançamento, nos termos do disposto no art. 134-A do RICMS/02, como 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:

(...)

Cumprido 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.

De mesma sorte, não cabe reportar-se à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual decidiu, em sede de recurso repetitivo, que o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela irregularidade de notas fiscais emitidas pelos fornecedores, cujos atos declaratórios de falsidade foram expedidos posteriormente à emissão dos documentos fiscais, sendo possível o aproveitamento dos créditos destacados em tais documentos fiscais, cabendo-lhe, porém, demonstrar a efetiva realização das operações.

Nesse sentido, caberia à Autuada comprovar a efetiva realização das operações mediante a apresentação de comprovantes de pagamento, tais como cópias de cheques, extratos bancários, ordens de pagamento e respectivos lançamentos contábeis, porém, os comprovantes de pagamento das transações juntados aos autos, não permitem concluir que ela seja uma adquirente de boa-fé conforme o entendimento externado na jurisprudência do STJ mencionada, uma vez que não é possível deles extrair o efetivo repasse dos recursos financeiros da empresa autuada para a suposta fornecedora das mercadorias.

A simples apresentação de cópias de cheques e extratos bancários contendo as informações sobre os supostos pagamentos não é prova suficiente de que as operações retratadas nos documentos fiscais ocorreram. Os recursos financeiros utilizados como pagamento, mesmo transitando pelas contas bancárias da empresa, se não comprovado, de forma inequívoca, o repasse de tal recurso para o suposto fornecedor, e também, não levado à contabilização, não assegura a boa-fé do adquirente à luz da jurisprudência do STJ.

Nem tampouco as consultas feitas pela Autuada no Sintegra são capazes de comprovar a regularidade das empresas emitentes dos documentos fiscais declarados ideologicamente falsos. A 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 ajustada”.

Com relação ao argumento da Defesa alicerçado no fato de que as notas fiscais eletrônicas foram autorizadas no portal da NFe, cabe mencionar que esse fato não atesta a idoneidade do documento fiscal, conforme § 1º da Cláusula Quarta do Ajuste SINIEF nº 07/05:

Cláusula quarta O arquivo digital da NF-e só poderá ser utilizado como documento fiscal, após:

I - ser transmitido eletronicamente à administração tributária, nos termos da cláusula quinta;

II - ter seu uso autorizado por meio de Autorização de Uso da NF-e, nos termos da cláusula sexta.

§ 1º - Ainda que formalmente regular, não será considerado documento fiscal idôneo a NF-e que tiver sido emitida ou utilizada com dolo, fraude, simulação ou erro, que possibilite, mesmo que a terceiro, o não-pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem indevida.

As operações sob questão tiveram como protagonistas as usinas de açúcar e álcool paulistas, a Qualityçucar como intermediária fornecedora e a Mercavale, mineira atacadista no ramo de açúcar. Segundo apurado pela Fiscalização paulista, foram simuladas operações triangulares para se obter vantagens ilícitas.

Consta dos autos a demonstração do conluio entre as três frentes citadas, as usinas utilizando-se de benefício fiscal, carga tributária equivalente a 7% (sete por cento) concedido pela SEFAZ/SP nas vendas a atacadistas paulistas, simulavam a remessa das mercadorias para a Qualityçucar e, essa, por sua vez, para atacadistas mineiros com alíquota de 12% (doze por cento), abatendo o débito resultante da operação com a aquisição de notas fiscais frias.

Na realidade dos fatos, apurados pela investigação paulista, as usinas remetiam fisicamente as mercadorias para os atacadistas mineiros, seus verdadeiros clientes, utilizando-se das empresas intermediárias para a diminuição da tributação prevista para as operações. Comprova o alegado os diversos pagamentos trazidos aos autos pela Autuada efetuados diretamente às usinas, mesmo vinculados a documentos fiscais emitidos por terceiros.

Cumprе ressaltar que a Impugnante/Autuada equivoca-se ao afirmar que a ação fiscal dos autos foi baseada em suposições de superfaturamento formuladas pela Fiscalização paulista. Efetivamente foi apurado pelos Auditores Fiscais de São Paulo que nas operações simuladas, as notas fiscais emitidas pela usina estão subfaturadas e as fornecidas pela Qualityçucar quando supostamente envia as mercadorias para a Mercavale superfaturadas.

O mecanismo utilizado pode ser comprovado no quadro de fls.15 e 317 do CD (Pac Quality-SP), onde se constata que o preço por quilo de açúcar é de 0,2857, quando supostamente entra na Qualityçucar, aumentando para 0,7600 quando é

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

enviado para a Mercavale. Ressalte-se não ser esta questão alvo de questionamento neste trabalho.

Conforme enumerado pela Fiscalização Paulista, esse procedimento, aliado ao uso de notas frias de entrada pela Qualityúcar, faz com que os créditos de entrada apropriados pela Mercavale careçam de lastro legal para abatimento do ICMS em Minas Gerais.

Assim, pelo conjunto dos documentos acostados aos autos, afigura-se plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária. E, como os Impugnantes não apresentaram provas capazes de elidir o trabalho fiscal, legítimo o estorno do crédito com a consequente exigência de ICMS e da Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, e a Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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;

Não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6763/75 e o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do RPTA:

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;

Eventual efeito confiscatório da multa de revalidação foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível nº 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 63/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995.

Sobre o tema vale, ainda, conferir o seguinte julgado do TJMG:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO PTA. INOCORRÊNCIA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMÉRCIO DE LÂMPADAS. INSTITUIÇÃO PELO PROTOCOLO 18/98. ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO NO PERÍODO DE CRISE DE ENERGIA. **MULTA DE REVALIDAÇÃO. 100%. CARÁTER NÃO CONFISCATÓRIO.** I - NÃO HÁ QUE SE FALAR EM IRREGULARIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, SE ESTE REVELA A VIOLAÇÃO COMETIDA PELO AUTUADO E A PENALIDADE CORRESPONDENTE, HABILITANDO E OPORTUNIZANDO DEFESA PLENA. - PRELIMINAR REJEITADA. II - INOCORRE CERCEAMENTO DE DEFESA SE O IMPUGNANTE, MESMO APÓS APRESENTAÇÃO DA DEFESA ADMINISTRATIVA, É REGULARMENTE NOTIFICADO SOBRE A OCORRÊNCIA DE RETIFICAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO IMPUGNADO. - PRELIMINAR REJEITADA. (...)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.002479-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ORIENTRADE BRASIL COM PRODUTOS ELETRONICOS GERAL LTDA - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. FERNANDO BOTELHO. GRIFOU-SE.

Correta, também, a eleição dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, inciso XII e § 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 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.

Encontram-se nos autos demonstradas as participações dos envolvidos na fraude identificada, via conluio, triangulação arquitetada com objetivo definido e utilização de documentos fiscais ideologicamente falsos no intuito de diminuição do real tributo devido nas operações.

Conforme asseverado pela Fiscalização, os sócios que figuram no contrato social desconhecem detalhes básicos de funcionamento da empresa, foram identificados nos depoimentos de terceiros como laranjas, testas de ferro do real proprietário, Sr. Edson Bicalho Braga, que pratica o mesmo *modus operandi* em outras atacadistas de açúcar identificadas no bojo da “Operação Laranja Lima”.

O conjunto probatório existente nos autos traduz com clareza a formatação de procedimentos lesivos ao Erário com a participação dos envolvidos, como bem relaciona a Fiscalização:

“NAS RESPOSTAS DO SÓCIO DE DIREITO, MERECE ATENÇÃO O DESCONHECIMENTO DE ASSUNTOS BÁSICOS COMO: ALTERAÇÕES DE ENDEREÇO DA EMPRESA, DO TAMANHO DA FROTA DA EMPRESA, DO NÍVEL DE FATURAMENTO DA EMPRESA DA QUAL DECLARA SER SÓCIO, DE PROCURADORES PARA OS QUAIS JÁ PASSOU PROCURAÇÃO, ALÉM DE NÃO SE RECORDAR DE INFORMAÇÕES BÁSICAS DA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA. IGUALMENTE, MERECE NOTA A DESCONEXÃO ENTRE AS RETIRADAS DE PRÓ-LABORE EM SUAS DECLARAÇÕES E AS INFORMAÇÕES DE RENDIMENTOS APRESENTADOS NA DECLARAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA DE 2011: UMA DIFERENÇA EM TORNO DE 120%.

OBSERVANDO AS DECLARAÇÕES DADAS PELO SÓCIO DE DIREITO AO FISCAL, E A CONCLUSÃO CONSTANTE NO REFERIDO PARECER, NÃO PODEMOS NOS AFASTAR DA EVIDÊNCIA DE QUE TAL SÓCIO SE TRATA DE INTERPOSTA PESSOA, COLOCADA NO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA COM EVIDENTE INFRINGÊNCIA ÀS NORMAS LEGAIS.

A SITUAÇÃO DE DOIS SÓCIOS FORMAIS E DE UM SÓCIO DE FATO QUE COMANDA A MERCAVALE, SE CONSTITUI NA CIRCUNSTÂNCIA PRESENTE E FOI CONSTATADA NOS DOCUMENTOS PROBATÓRIOS QUE ACOMPANHAM O AUTO DE INFRAÇÃO. ENTENDE-SE QUE TAL SITUAÇÃO FOI CRIADA PARA OCULTAR O VERDADEIRO COMANDANTE DAS OPERAÇÕES DA REFERIDA EMPRESA, ESTANDO AÍ INCLUÍDAS AS OPERAÇÕES IRREGULARES REALIZADAS COM O INTUITO DE MINIMIZAR O RECOLHIMENTO DO ICMS E QUE, CASO FOSSEM DESCOBERTAS, NÃO FOSSE POSSÍVEL ENCONTRAR PATRIMÔNIO SUFICIENTE PERTENCENTE AOS SÓCIOS DE DIREITO PARA REPARAR OS DANOS.

COMO DEMONSTRADO NOS DEPOIMENTOS FEITOS NA POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS E EM DEPOIMENTOS CONSTANTES NO PAC DE SP, NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE, DEVIDO ÀS INFRAÇÕES DEMONSTRADAS (E EM ESPECIAL OCULTANDO-SE O REAL PROPRIETÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA), ESTÃO PRESENTES CONDIÇÕES QUE FAZEM COM QUE O ART. 135 SEJA APLICADO TANTO AOS SÓCIOS FORMAIS COMO TAMBÉM AO SÓCIO DE FATO, ESTANDO CARACTERIZADA INDUBITAVELMENTE INFRAÇÃO DE LEI. PODEM ASSIM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE TODOS OS COBRIGADOS INDICADOS PELOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS E CRIMINAIS CORRESPONDENTES. (G.N.)

(...)

CABE-NOS AQUI RESSALTAR QUE, O IMPUGNANTE DEU IMPORTÂNCIA APENAS ÀS INFORMAÇÕES VEICULADAS NA DECISÃO QUE DETERMINA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA DO IMPUGNANTE, ABSTENDO-SE DE TECER CONSIDERAÇÕES PERANTE ÀS OUTRAS PROVAS APRESENTADAS NOS ANEXOS **5.A, 5.C E ANEXO 10** DESTA AUTO DE INFRAÇÃO, QUAIS SEJAM, ESCUTAS TELEFÔNICAS AUTORIZADAS, DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS PERANTE AUTORIDADES POLICIAIS E DOCUMENTOS APREENDIDOS NAS DEPENDÊNCIAS DA MERCAVALE. NESSAS ÚLTIMAS, TODAS AS PROVAS APONTAM PARA UMA ÚNICA CONCLUSÃO POSSÍVEL: **QUE EDSON BICALHO BRAGA ERA O DONO INFORMAL DA MERCAVALE E EXERCIA PODERES DE GERÊNCIA E MANDO DENTRO DA MESMA.** (GRIFOU-SE)

(...)

NO ANEXO 10 DO AI (AUTO DE INFRAÇÃO) CONSTAM:

- PÁGINAS DO LIVRO "CONTA CORRENTE" DA MERCAVALE ONDE FORAM ANOTADAS DE PUNHO AS MOVIMENTAÇÕES DA CONTA CORRENTE 0030-2, AGÊNCIA 1182-7, BANCO BRADESCO, COMPREENDIDAS NO PERÍODO DE 12/08/10 A 08/08/11, DIA ANTERIOR À OPERAÇÃO LARANJA LIMA. OBSERVAM-SE VÁRIOS VALORES LANÇADOS COMO DÉBITO NA CONTA CORRENTE REFERENTES A EDSON ("ACERTO EDSON" OU "DESP. EDSON BRAGA").

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- PÁGINAS DE AGENDA ONDE CONSTAM DADOS PARTICULARES DE EDSON BICALHO BRAGA.

- CÓPIA DA DECLARAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA E DO RECIBO DE ENTREGA DA MESMA DE EDSON BICALHO BRAGA, EXERCÍCIO 2009.

NO ANEXO 5A DO AI:

- SÃO AS TRANSCRIÇÕES DE DEPOIMENTOS E ESCUTAS TELEFÔNICA QUE COMPROVAM O ESQUEMA FRAUDULENTO, O RELACIONAMENTO ENTRE EDSON BICALHO BRAGA E A MERCAVALE, DEMONSTRANDO SUA CONDIÇÃO DE PROPRIETÁRIO DA MERCAVALE. TAIS DEPOIMENTOS COMPREENDIDOS NO RELATÓRIO DA POLÍCIA CIVIL FORAM BASEADOS EM COLETAS JUDICIALMENTE AUTORIZADAS EXPOSTAS NAS SEGUINTE PÁGINAS DO DOCUMENTO PAC QUALITY.PDF:

(...)

O **PAC QUALITY.PDF** É O DOCUMENTO CONSTANTE DO ANEXO 5C DO AUTO DE INFRAÇÃO. TRATA-SE DO RELATÓRIO DE CASSAÇÃO – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE CASSAÇÃO DA INSCRIÇÃO ESTADUAL PAULISTA DA EMPRESA QUALITYÇUCAR (SP).

OBSERVA-SE QUE, EM SE TRATANDO DA ESCUTA TELEFÔNICA ENTRE LINO E EDSON MENCIONADA PELO IMPUGNADO, QUE ESTA FAZ PARTE DE VÁRIAS ESCUTAS TELEFÔNICAS (NÃO SOMENTE UMA), NAS QUAIS SÃO CLARAS AS MENÇÕES DE QUE EDSON BICALHO BRAGA É O DONO INFORMAL DA MERCAVALE. (GRIFOU-SE.)”

Verifica-se que o foco da questão para ditar a solidariedade no direito tributário é o interesse comum das partes na situação que venha a constituir o fato gerador tributário, conforme prevista no art. 124 do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

De acordo com o professor Hugo Machado de Brito no livro “Curso de Direito Tributário”, 20ª edição, p.125:

As pessoas com interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação de pagar um tributo são solidariamente obrigadas a esse pagamento, mesmo que a lei específica do tributo em questão não o diga. É uma norma geral, aplicável a todos os tributos.

Observa-se que a solidariedade é intrínseca ao interesse na operação e transcende a disposição de lei específica, sendo, por conseguinte, inerente à situação tributária, precedendo o fato gerador da obrigação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar as prefaciais arguidas. Vencido o Conselheiro Bernardo Motta Moreira, que acatava a prefacial de nulidade referente ao Ato Declaratório. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que o julgava parcialmente procedente para excluir as exigências relativas aos documentos fiscais para os quais houve comprovação de que a Autuada quitou a operação mercantil diretamente à emitente dos documentos. Vencido, ainda, o Conselheiro Bernardo Motta Moreira, que o julgava improcedente. Pela Impugnante Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, sustentou oralmente o Dr. João Henrique Galvão; pelo Impugnante Edson Bicalho Braga, o Dr. Antônio de Pádua Oliveira; e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno. Participou do julgamento, além do signatário, e dos Conselheiros vencidos, a Conselheira Cindy Andrade Moraes.

Sala das Sessões, 22 de setembro de 2015.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente / Relator**

CL

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.833/15/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000209415-85
Impugnação: 40.010135716-05, 40.010135597-45 (Coob.)
Impugnante: Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda
IE: 186829142.00-52
Edson Bicalho Braga (Coob.)
CPF: 475.042.006-97
Coobrigados: Jose Hazenclever Ramos
CPF: 741.880.546-20
Rose Maire Almeida Ramos
CPF: 895.850.896-53
Proc. S. Passivo: Alexandre Leal de Oliveira/Outro(s), João Henrique Galvão
Origem: DF/Contagem

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 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 que estão lastreados na uniforme jurisprudência de nossos tribunais sobre o tema.

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, em razão do aproveitamento de créditos de imposto provenientes do uso dos documentos fiscais declarados ideologicamente falsos pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, mediante Ato Declaratório n.º 12.186.210.007435, publicado no Diário Oficial de Minas Gerais de 20 de agosto de 2013.

Exigências fiscais de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI.

Quanto ao mérito alega a Impugnante, em síntese, que o lançamento contraria o princípio da não cumulatividade insculpido na Constituição Federal e que as operações efetivamente se realizaram tendo ocorrido a circulação física, econômica e jurídica da mercadoria constante das notas fiscais cujo crédito o Fisco pretende estornar.

Já a Fiscalização alega que os documentos que supostamente teriam sido emitidos pela fornecedora da Impugnante foram declarados ideologicamente

falsos nos termos do art. 39, inciso I, alínea "a" e § 4º da Lei n.º 6.763/75. Portanto, a Impugnante não faz jus ao creditamento do tributo.

Contudo, em que pesem as alegações da Fiscalização, o lançamento não merece prosperar em parte, pois há provas nos autos que conduzem ao entendimento de que as operações descritas nos documentos fiscais questionados ocorreram.

O Ato Declaratório por meio do qual foi declarada a falsidade dos documentos fiscais cujo crédito pretende-se estornar por meio do lançamento em discussão foi publicado no Diário Oficial do Estado – “Minas Gerais”. Há, nos presentes autos, cópia da tela extraída do SICAF a eles relativa.

Pelos documentos relativos ao Ato Declaratório é possível verificar que a ora Impugnante à época das operações comerciais tinha as informações da empresa como em regular funcionamento.

Acrescente-se que o próprio Fisco, para detectar tal irregularidade, levou algum tempo e teve dificuldades, pois o Ato Declaratório tem, data posterior à emissão da nota fiscal constante do presente processo.

Cumprir-se destacar que esta decisão minoritária acompanha o entendimento segundo o qual os atos declaratórios apenas tornam público um vício preexistente. No entanto, a própria emissão dos atos atesta que nem mesmo a Fazenda Pública Estadual tinha conhecimento anterior dos vícios que os documentos continham.

Também é importante reconhecer que o ato declaratório de inidoneidade ou falsidade, via de regra, decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, providenciado nos termos do art. 1º da Resolução n.º 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas no art. 3º da referida Resolução.

São pacíficos na doutrina os seus efeitos “*ex tunc*”, 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.

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, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

A par destas considerações aplicáveis genericamente à matéria sob exame o julgador não pode se furtar a uma análise quanto a efetividade das operações comerciais referentes às notas fiscais declaradas ou falsas/ideologicamente falsas.

Neste ponto reside a divergência de posicionamento constante deste voto.

Para o Fisco Mineiro, o aproveitamento de crédito não se justifica, se o imposto, por qualquer razão, deixou de ser recolhido, na origem. E, declarada a inidoneidade da nota fiscal, presume-se não ter havido recolhimento do tributo referente à operação, devendo aquele que se beneficia do ato, para desfazer a presunção, provar sua existência.

Ambos, tanto o Fisco como a decisão majoritária, amparam-se no dispositivo regulamentar mineiro que determina que tais créditos, decorrentes de

documentos falsos ou ideologicamente falsos, só podem ser aproveitados na hipótese de se comprovar o recolhimento do imposto, na origem, nos termos do inciso V do art. 70 do Regulamento do ICMS/MG.

Entretanto, há de ficar clara a dificuldade, quase impossibilidade, presente neste ordenamento. Mesmo sob a análise jurídica esta situação não se altera, uma vez que não há como se exigir que o contribuinte mineiro seja detentor da documentação fiscal de outros contribuintes. Por estes fatos verificasse o esvaziamento do conteúdo da norma legal.

Repita-se pela importância que, economicamente, o ICMS pelas suas próprias características, é transferido para o adquirente. Assim, realizada a operação e quitada a dívida, cessam as responsabilidades do adquirente quanto a esta etapa comercial. A falta de repasse do imposto, ao Estado, pelo vendedor/emissor, não pode ser imputada à compradora.

Esta característica leva alguns a denominar o ICMS de “imposto indireto”, denominação dada àqueles tributos onde o contribuinte de fato é o adquirente da mercadoria, sendo o remetente considerado contribuinte de direito, ou seja, aquele que é responsável pelo recolhimento ao Estado.

A não cumulatividade do ICMS faz nascer para os contribuintes, quando da efetiva entrada de mercadorias em seu estabelecimento ou da aquisição de serviços tributados pelo imposto, um crédito contra o sujeito ativo - Estados e Distrito Federal. De fato, a dicção do inciso I do § 2º do art. 155 da Carta Magna - “... *compensando-se o que for devido...* ” - confere, de modo direto, ao sujeito passivo do ICMS o direito de abatimento, oponível ao Poder Público.

O STJ decidiu, em sede de recurso repetitivo, que o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela irregularidade de notas fiscais emitidas pelos fornecedores, cujos atos declaratórios de falsidade foram expedidos posteriormente à emissão dos documentos fiscais, sendo possível o aproveitamento dos créditos destacados em tais documentos fiscais, cabendo-lhe, porém, demonstrar a efetiva realização das operações.

Destaque-se que a Impugnante apresentou comprovantes de pagamentos de parte das operações mercantis para as operações demonstrando a legalidade de seus atos quando do exercício da atividade empresarial.

A apresentação de cópias de cheques e extratos bancários contendo as informações sobre os pagamentos efetuados constitui-se em prova suficiente de que as operações retratadas nos documentos fiscais ocorreram.

Portanto, não há nos autos dúvidas sobre a realização de parte das operações mercantis questionadas pela Fiscalização.

Ademais, as mercadorias adquiridas são compatíveis com o negócio da Impugnante na forma de seu contrato social.

Como ressaltado linhas atrás, a doutrina e a jurisprudência tem acatado a chamada “teoria da aparência”, conforme o entendimento aqui exposto que está

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

presente em inúmeros julgados dos tribunais brasileiros, adiante representados pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, a saber:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITO DECORRENTE DE NOTA FISCAL EMITIDA POR EMPRESA CUJA INSCRIÇÃO FOI DECLARADA INIDÔNEA. PARA APROVEITAR OS CRÉDITOS DE ICMS EMBUTIDOS NO VALOR DAS MERCADORIAS QUE ENTRAM NO SEU ESTABELECIMENTO, O COMPRADOR NÃO DEPENDE DA PROVA DE QUE O VENDEDOR PAGOU O TRIBUTUO; SÓ SE EXIGE DO COMPRADOR A COMPROVAÇÃO DE QUE A NOTA FISCAL CORRESPONDE A UM NEGÓCIO EFETIVAMENTE REALIZADO E DE QUE O VENDEDOR ESTAVA REGULARMENTE INSCRITO NA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA COMO CONTRIBUINTE DO TRIBUTUO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO”.

(STJ – 2ª TURMA - AGA 173817/RJ – REL. MIN. ARI PARGENDLER - DJ 06/04/1998, P. 00095)

“TRIBUTÁRIO - ICMS - CRÉDITOS RESULTANTES DE NOTA FISCAL - INIDONEIDADE DA EMPRESA EMITENTE - ENTRADA FÍSICA DA MERCADORIA - NECESSIDADE - VENDEDOR DE BOA-FÉ - INEXISTÊNCIA DE DOLO OU CULPA - PRECEDENTES.

- O VENDEDOR OU COMERCIANTE QUE REALIZOU A OPERAÇÃO DE BOA-FÉ, ACREDITANDO NA APARÊNCIA DA NOTA FISCAL, E DEMONSTROU A VERACIDADE DAS TRANSAÇÕES (COMPRA E VENDA), NÃO PODE SER RESPONSABILIZADO POR IRREGULARIDADE CONSTATADA POSTERIORMENTE, REFERENTE À EMPRESA, JÁ QUE DESCONHECIA A INIDONEIDADE DA MESMA.

- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO”.

(RESP 112.313/SP, RELATOR MINISTRO PEÇANHA MARTINS, 2ª TURMA, UNÂNIME, DJ DE 17/12/99, P. 00343).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de recurso repetitivo, pacificando assim o entendimento sobre a matéria, no sentido de que realmente o adquirente de boa fé não pode ser responsabilizado pela inidoneidade de notas fiscais emitidas pelos fornecedores, sendo possível o aproveitamento dos créditos relativos às mesmas, cabendo-lhe, porém, demonstrar a efetiva realização das operações, a saber:

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.

1. O COMERCIANTE DE BOA-FÉ QUE ADQUIRE MERCADORIA, CUJA NOTA FISCAL (EMITIDA PELA EMPRESA VENDEDORA) POSTERIORMENTE SEJA DECLARADA INIDÔNEA, PODE ENGENDRAR O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DO ICMS PELO

PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE, UMA VEZ DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA EFETUADA, PORQUANTO O ATO DECLARATÓRIO DA INIDONEIDADE SOMENTE PRODUZ EFEITOS A PARTIR DE SUA PUBLICAÇÃO (PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO: EDCL NOS EDCL NO RESP 623.335/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 11.03.2008, DJE 10.04.2008; RESP 737.135/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 14.08.2007, DJ 23.08.2007; RESP 623.335/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 07.08.2007, DJ 10.09.2007; RESP 246.134/MG, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 06.12.2005, DJ 13.03.2006; RESP 556.850/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 19.04.2005, DJ 23.05.2005; RESP 176.270/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 27.03.2001, DJ 04.06.2001; RESP 112.313/SP, REL. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 16.11.1999, DJ 17.12.1999; RESP 196.581/MG, REL. MINISTRO GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04.03.1999, DJ 03.05.1999; E RESP 89.706/SP, REL. MINISTRO ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 24.03.1998, DJ 06.04.1998).

2. A RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ RESIDE NA EXIGÊNCIA, NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, DA DOCUMENTAÇÃO PERTINENTE À ASSUNÇÃO DA REGULARIDADE DO ALIENANTE, CUJA VERIFICAÇÃO DE IDONEIDADE INCUMBE AO FISCO, RAZÃO PELA QUAL NÃO INCIDE, À ESPÉCIE, O ARTIGO 136, DO CTN, SEGUNDO O QUAL "SALVO DISPOSIÇÃO DE LEI EM CONTRÁRIO, A RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÕES DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INDEPENDE DA INTENÇÃO DO AGENTE OU DO RESPONSÁVEL E DA EFETIVIDADE, NATUREZA E EXTENSÃO DOS EFEITOS DO ATO" (NORMA APLICÁVEL, IN CASU, AO ALIENANTE).

3. IN CASU, O TRIBUNAL DE ORIGEM CONSIGNOU QUE: "(...)OS DEMAIS ATOS DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE FORAM PUBLICADOS APÓS A REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES (F. 272/282), SENDO QUE AS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS TÊM APARÊNCIA DE REGULARIDADE, HAVENDO O DESTAQUE DO ICMS DEVIDO, TENDO SIDO ESCRITURADAS NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS (F. 35/162). *NO QUE TOCA À PROVA DO PAGAMENTO, HÁ, NOS AUTOS, COMPROVANTES DE PAGAMENTO ÀS EMPRESAS CUJAS NOTAS FISCAIS FORAM DECLARADAS INIDÔNEAS (F. 163, 182, 183, 191, 204), SENDO A MATERIAL (SIC) INCONTROVERSA, COMO ADMITE O FISCO E ENTENDE O CONSELHO DE CONTRIBUINTES.*"

4. A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE EM RELAÇÃO ÀS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS APÓS A CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO (O QUAL FORA EFETIVAMENTE REALIZADO), UMA VEZ CARACTERIZADA, LEGITIMA O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5. O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ NÃO INCIDE À ESPÉCIE, UMA VEZ QUE A INSURGÊNCIA ESPECIAL FAZENDÁRIA RESIDE NA TESE DE QUE O RECONHECIMENTO, NA SEARA ADMINISTRATIVA, DA INIDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS OPERA EFEITOS *EX TUNC*, O QUE AFASTARIA A BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE, MÁXIME TENDO EM VISTA O TEOR DO ARTIGO 136, DO CTN.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO REGIME DO ARTIGO 543-C, DO CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008.

Ainda mais recente é a publicação, em 31 de março de 2014, da Súmula 509 do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, com o seguinte teor:

É LÍCITO AO COMERCIANTE DE BOA-FÉ APROVEITAR OS CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTES DE NOTA FISCAL POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA, QUANDO DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA.

Assim, tendo a Impugnante apresentado comprovantes de pagamento das transações que permitem concluir ser ela adquirente de boa-fé conforme o entendimento externado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ mencionada, não devem ser mantidas as exigências para os casos em que restou comprovado o pagamento pela Defendente a emitente das notas fiscais cujo crédito é questionado no lançamento em análise, ainda que tais pagamentos tenham sido feitos em conjunto (mais de uma nota fiscal paga na mesma operação).

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente para excluir as exigências relativas aos documentos fiscais para os quais houve comprovação de que a Impugnante quitou a operação mercantil diretamente à emitente dos documentos.

Sala das Sessões, 22 de setembro de 2015.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.833/15/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000209415-85
Impugnação: 40.010135716-05, 40.010135597-45 (Coob.)
Impugnante: Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda
IE: 186829142.00-52
Edson Bicalho Braga (Coob.)
CPF: 475.042.006-97
Coobrigados: José Hazenclever Ramos
CPF: 741.880.546-20
Rose Maire Almeida Ramos
CPF: 895.850.896-53
Proc. S. Passivo: Alexandre Leal de Oliveira/Outro(s), João Henrique Galvão
Origem: DF/Contagem

Voto proferido pelo Conselheiro Bernardo Motta Moreira, nos termos do art. 53 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.

Conforme se observa dos documentos acostados, mais especificadamente do PAC (Procedimento de Cassação de Inscrição Estadual) instaurado pelo Fisco Paulista em 26/11/12, a sociedade empresária Qualityçucar Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda – a seguir referida como Qualityçucar – teve sua inscrição estadual cassada naquele estado em função de ter participado de um esquema fraudulento, cujo objetivo seria diminuir a carga tributária de ICMS nas operações de açúcar.

O mencionado PAC foi instaurado conforme previsão constante dos arts. 16 e 24 da Portaria CAT/SP nº 95/06, do art. 31, inciso II c/c § 2º, itens 1 e 2, e do art. 20, inciso II, ambos da Lei Estadual nº 6.374/89. As investigações realizadas conjuntamente pelo Ministério Público Paulista, Polícia Civil Paulista e Receita Estadual Paulista, concluíram haver uma organização estruturada para beneficiar empresas situadas no Estado de Minas Gerais.

Ao final do procedimento, a SEF/SP cassou, com efeitos retroativos, a inscrição estadual da Qualityçucar com base nos seguintes argumentos: (i) prática de atos ilícitos; (ii) simulação do quadro societário; (iii) embaraço à fiscalização.

No mesmo despacho, foi ordenado ao Posto Fiscal de Ribeirão Preto atualizar a situação cadastral da inscrição estadual da Qualityçucar. Às fls. 392 do PAC

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em questão, juntou-se cópia da alteração cadastral feita no Cadastro de Contribuintes do Estado de São Paulo – CADESP –, a qual assim resume o ocorrido:

Inclusão/alteração						
Data início	Data fim	Situação	Ocorrências	Origem	data	ativo
9/4/2007	27/1/2011	Ativo	Ativo	Legado	25/4/2011	
28/1/2011	25/4/2011	Inapto	não localizada	Constatado SEFAZ	8/4/2013	+
26/4/2011	ATUAL	NULO	Simulação do quadro societário da empresa	Constatado SEFAZ	8/4/2013	+

É fato incontroverso que a Qualityçucar sempre foi de propriedade do Sr. Lino Marques de Lima, conforme documentos e contratos sociais anexados ao PAC. Somente após as investigações do Fisco e Ministério Público paulistas, no dia 28/01/11, houve alteração do endereço daquela empresa, para em seu lugar ser criada outra sociedade.

A Fiscalização paulista não reconheceu a mencionada alteração e considerou o dia 28/01/11 como data de encerramento das atividades da Qualityçucar e que a partir do dia 26/04/11 houve simulação do quadro societário desta empresa.

Por sua vez, no caso do Fisco Mineiro, não constam quaisquer diligências específicas para a prolação do ato de declaração de falsidade ideológica. A Defesa sustenta que a expedição do ato declaratório de falsidade ideológica das notas emitidas pela Qualityçucar teria sido exclusivamente baseada nos relatórios da Fiscalização paulista.

De fato, pude constatar em pesquisa no sítio da Imprensa Oficial de Minas Gerais que o Ato Declaratório n.º 12.186.210.007435 de 24/07/13, chegou a ser publicado no Diário Oficial três vezes, o que demonstra, no mínimo, uma insegurança da Administração Tributária mineira com relação a sua fundamentação.

O ato publicado no dia 25/07/13 teve como motivo a utilização da inscrição estadual com dolo e fraude, oportunidade na qual não foi capitulada a base legal. Esse ato foi posteriormente retificado no Diário Oficial de 06/08/13, oportunidade na qual lhe foi adicionada base legal, qual seja, o art. 39, § 4º, alínea “a”, subalínea “a.5” da Lei n.º 6.763/75. Entretanto, essa alteração não sanou os vícios existentes no ato, já que a capitulação legal restou diversa do motivo.

Posteriormente, no Diário Oficial de 20/08/13, o ato em referência foi mais uma vez alterado, de forma que o motivo e a base legal passaram a ter correspondência. Contudo, a meu juízo, esta alteração também não logrou êxito em sanar os vícios deste ato.

Isso porque a declaração de falsidade ideológica das notas fiscais foi realizada com base no art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.5” da Lei Estadual n.º 6.763/75 que assim dispõe:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Constata-se que a subalínea “a.5” permite considerar ideologicamente falso o documento emitido por empresa que tenha obtido inscrição estadual ou alteração cadastral com a utilização de dados falsos.

Assim, o motivo do ato de falsidade ideológica foi: *“Inscrição estadual obtida com dados falsos”*.

Apesar disso, o quadro constante às fls. 392 do PAC do processo enviado pela fiscalização paulista à mineira demonstra que a simulação do quadro societário da empresa Qualityçucar se deu somente a partir de 26/4/11.

No período anterior a esta data, como já aduzido, o Sr. Lino Marcos de Lima era o proprietário de fato e de direito da Qualityçucar, e apenas a partir dessa data foi alterado o quadro societário daquela empresa para a inclusão de “terceiros”.

Dessa forma, não se pode afirmar que a Qualityçucar foi constituída com simulação de quadro societário como fez o ato declaratório da SEF/MG ora combatido. Essa simulação, se ocorreu, foi tão somente a partir do dia 26/04/11.

No caso em tela, a Administração Pública somente poderia ter declarado a falsidade ideológica das notas fiscais emitidas a partir do momento em que a simulação societária ocorreu (em 26/04/11).

Ou seja, para declarar inidôneas as notas fiscais emitidas pela Qualityçucar desde a constituição da empresa, deveria ela ter buscado outro motivo e não simplesmente alegar que a pretensa simulação do quadro societário teria o condão de invalidar todos os documentos fiscais emitidos pela sociedade desde a sua constituição.

Na situação destes autos, o motivo previsto na lei e invocado pela Fiscalização foi a pretensa simulação de quadro societário. Como o fato ocorreu em 26/04/11, somente após essa data poderiam ter sido consideradas como ideologicamente falsas as notas fiscais.

Como a falsidade foi declarada em relação a período pretérito, fica evidenciada a total ausência de congruência entre a situação fática invocada para a prática do ato administrativo e o motivo previsto em lei (no art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.5” da Lei Estadual nº 6.763/75).

No que concerne ao referido dever de motivação dos atos administrativos, bem como a respeito da conhecida teoria dos motivos determinantes, penso ser de bom alvitre recorrer ao autorizado magistério doutrinário de Hely Lopes Meirelles. As suas

ponderações são didáticas e incisivas, notadamente no que alude ao vício insanável de que padece o ato declaratório de falsidade ideológica em apreço. Veja-se:

“A motivação dos atos administrativos se vem impondo dia a dia, como uma exigência do direito público e da legalidade governamental.

Do Estado absolutista, em que preponderava a vontade pessoal do monarca com força de lei – *quod principi placuiti legis habet vigorem* – evoluímos para o Estado de Direito, onde só impera a vontade das normas jurídicas. Nos Estados modernos já não existe a autoridade pessoal do governante, senão a autoridade impessoal da lei. A igualdade de todos **perante a lei** e a submissão de todos **somente à lei**, constituem os dois cânones fundamentais do estado de Direito. A nossa Constituição consagrou tais princípios em termos inequívocos, ao declarar que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, *caput*) e que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, II).

Paralelamente a esses dogmas democráticos, vigem outros direitos e garantias individuais, tendentes a salvaguardar os cidadãos da prepotência do Poder Público e do capricho dos governantes. Os Estados, ao se organizarem, autolimitam, pelas leis, os seus poderes, em relação aos indivíduos e à coletividade. Essas mesmas leis passam, daí por diante, a subordinar aos seus preceitos tanto a Administração quanto os administrados. A tendência moderna é de substituir, na medida do possível, a vontade individual pela vontade jurídica, isto é, o comando da autoridade pelo comando da lei.

No direito público, o que há de menos relevante é a vontade do administrador. **Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica, se não estiverem alicerçados no direito e na lei. Não é a chancela da autoridade que valida o ato e o torna respeitável e obrigatório. É a legalidade a pedra de toque de todo ato administrativo.**

Ora, se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, claro está que **todo ato do Poder Público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal**. Assim como todo cidadão, para ser acolhido na sociedade, há de provar sua identidade, o ato administrativo para ser bem recebido pelos cidadãos, deve patentear a sua legalidade, vale dizer, **a sua identidade com a lei**. Desconhecida ou ignorada a sua legitimidade, o ato da

autoridade provocará sempre suspeitas e resistências, facilmente arredáveis de motivação.

Nesse sentido é a lição dos modernos publicistas, a começar por BIELSA, nesse passo: 'Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos-determinantes da lei).' E, rematando, o mesmo jurista reafirma: 'No direito administrativo a motivação – como dissemos – deverá constituir norma, não só por razões de boa administração, como porque toda autoridade ou Poder em um sistema de governo representativo de explicar legalmente, ou juridicamente, suas decisões.'

O excelente JÊZE já acentuava, de há muito, que 'para se ter a certeza de que os agentes públicos exercem a sua função movidos apenas por motivo de interesse público da esfera de sua competência, leis e regulamentos recentes multiplicam os casos em que os funcionários, ao executarem um ato jurídico, devem expor expressamente os motivos que o determinaram. **É a obrigação de motivar. O simples fato de não haver o agente público exposto os motivos de seu ato bastará para torna-lo irregular; o ato não motivado, quando o devia ser, presume-se não ter sido executado com toda a ponderação desejável, nem ter tido em vista interesse público da esfera de sua competência funcional.**'

Entre nós, BILAC PINTO, invocando a mesma passagem de JÊZE, expõe que '**o princípio da motivação dos atos administrativos constitui moderna tendência do direito administrativo dos países democráticos**'.

Pela motivação, o administrador público justifica a sua ação administrativa, indicando os fatos que ensejam o ato e os preceitos jurídicos que autorizam a sua prática. Claro está que, nos atos oriundos do poder discricionário, a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é o pressuposto de toda atividade administrativa.¹

¹ Nesse ponto, a assertiva do saudoso jurista revela-se deveras questionável. Acerca da necessidade de motivação até mesmo para os atos administrativos discricionários, leia-se, v.g., o autorizado magistério doutrinário de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. (...) A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 82).

Nos atos vinculados ou regradados, e especialmente os que importem atividade de jurisdição (decisões administrativas), mais se acentua o dever de motivar, porque, em tais casos, a ação administrativa está bitolada estreitamente pela lei ou pelo regulamento, impondo ao administrador a obrigação de demonstrar a conformação de sua atividade com todos os pressupostos de direito e de fato que condicionam a eficácia e validade do ato.

(...)

A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda. Esses motivos afetam de tal maneira a eficácia do ato, que sobre eles se edificou a denominada teoria dos motivos determinantes, delineada pelas decisões do Conselho de Estado da França e sistematizada por JÈZE.

Teoria dos motivos determinantes – A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem a sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e sujeitam-se ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

A propósito dessa teoria, hoje corrente na prática administrativa dos povos cultos, o PROF. FRANCISCO CAMPOS assim se manifesta: ‘Quando um ato administrativo se funda em motivos ou pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se fundava.’ E, invocando a autoridade de JÈZE, o publicista pátrio remata: ‘A teoria dos motivos determinantes me parece de irrecusável procedência, quando estabelece que os atos de Governo, se a lei os legitima mediante certos motivos (atos vinculados) ou quando o próprio Governo, podendo praticá-los sem motivo declarado

(atos discricionários), declara, entretanto, o motivo, **não poderão, em um e outro caso, continuar a subsistir desde que o motivo, que, de acordo com a lei, é necessário a legitimá-los,** ou o motivo invocado ou declarado pelo Governo não contém a realidade ou se verifica improcedente por não coincidir com a situação de fato em que consistia o seu pressuposto.’

Acolhendo a mesma doutrina, RANELLETTI é peremptório em negar validade ao ato que se apresenta divorciado dos motivos determinantes de sua prática: **‘Se la causa dell’atto amministrativo manca,** o é falsa, o ilícita, **l’atto è illegittimo e quindi invalido.**²

(...)

Por aí se conclui que, **nos atos vinculados, a motivação é obrigatória;** nos discricionários, é facultativa, mas, se for feita, atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados, como determinantes do ato. **Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado.**

(...)

A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o direito e a propiciar o bem-comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação dirige. Se por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público se desgarrar da lei, (...), ou se desvia do bem-comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, (...) ou ilegal.

(...)

Esse assunto está hoje tão pacífico na doutrina e na jurisprudência, que o Supremo Tribunal Federal já o sumulou nos seguintes termos: **“A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos;** ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (STF, Súmula 473).

(...)

² Tradução livre: “Se a causa do ato administrativo está ausente ou é falsa ou ilegal, o ato é ilegítimo, e, portanto, inválido.”

Anulação é a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação, que se funda em motivos de conveniência ou de oportunidade, e, por isso mesmo, é privativa da Administração.

Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao Direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo e quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa. Se não o fizer, poderá o interessado pedir ao Judiciário **[ou, antes mesmo, à própria Administração judicante]** que verifique a ilegalidade do ato e declare a sua invalidade, através da anulação. Mas, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, 'Irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza não anulam o ato que já criou direito subjetivo para terceiro' (STF - Terceira Turma. RMS nº 9.545-SC, rel. o Min. Prado Kelly; j. 21/03/1966, DJ 24/06/1966)

(...)

O conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange, não só a clara infringência do texto legal, como também o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do direito. Em qualquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra inobservância velada dos princípios do direito, o ato administrativo padece de vício de ilegitimidade e se torna passível de invalidação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, por meio da anulação.

A ilegitimidade, como toda fraude à lei, vem quase sempre dissimulada sob as vestes da legalidade. Em tais casos é preciso que a Administração **[notadamente em sede da presente jurisdição administrativa, como é o caso emblemático destes autos]** ou o Judiciário desçam ao exame dos motivos, dissequem os fatos e vasculhem as provas que deram origem à prática do ato inquinado de nulidade. Não vai nessa atitude qualquer exame do mérito administrativo, porque não se aprecia a conveniência, a oportunidade ou a justiça do ato impugnado, mas unicamente a sua conformação, formal e ideológica, como a lei em sentido amplo, isto é, com todos os preceitos normativos que condicionam a atividade pública.

(...)

Os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as consequências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou o inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação.

Reconhecida e declarada a nulidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário, o pronunciamento de invalidade opera 'ex tunc', desfazendo todos os vínculos entre as partes e obrigando-se à reposição das coisas ao 'status quo ante', como consequência natural e lógica da decisão anulatória. (...)

A faculdade de anular os atos ilegais é ampla para a Administração, podendo ser exercida de ofício, pelo mesmo agente que o praticou, como por autoridade superior que venha a ter conhecimento da ilegalidade através de recurso interno, ou mesmo por avocação, nos casos regulamentares. Quanto aos recursos administrativos são os comuns da Administração." (Grifou-se)

Sobre o tema da convalidação, além da doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem, repita-se, o ato nulo não é de modo algum susceptível de qualquer tratamento, torna-se imperioso aludir também ao magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *verbis*:³

"(...) nem sempre é possível a convalidação. Depende do tipo do vício que atinge o ato. O exame do assunto tem que ser feito a partir da análise dos cinco elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Quanto ao sujeito, se o ato for praticado com vício de incompetência, admite-se a convalidação, que nesse caso recebe o nome de ratificação, desde que não se trate de competência outorgada com exclusividade, hipótese em que se exclui a possibilidade de delegação ou avocação; (...).

Também não se admite a ratificação quando haja incompetência em razão da matéria: (...)

Em resumo, tratando-se de competência exclusiva, não é possível a ratificação.

Em relação à forma, a convalidação é possível se ela não for essencial à validade do ato.

Quanto ao motivo ou finalidade, nunca é possível e convalidação. No que se refere ao motivo, isto

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 203-204.

ocorre porque ele corresponde a situação de fato que ou ocorreu ou não ocorreu; não há como alterar, com efeito retroativo, uma situação de fato. Em relação à finalidade, se o ato foi praticado contra o interesse público ou com finalidade diversa da que decorre de lei, também não é possível a sua correção; não se pode corrigir um resultado que estava na intenção do agente que praticou o ato.

O objeto ou conteúdo ilegal não pode ser objeto de convalidação. Com relação a esse elemento do ato administrativo, é possível a conversão, que alguns dizem ser espécie do gênero convalidação e outros afirmam ser instituto diverso, posição que nos parece mais correta, porque a conversão implica a substituição de um ato por outro.”

Ratificando a posição da eminente catedrática paulista, as doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello e José Cretella Júnior, para quem, a exemplo de Meirelles e Di Pietro, os atos nulos também não podem ser convalidados. Para Celso Antônio, nulos seriam os atos administrativos cuja convalidação é “*materialmente impossível*”, pois, caso o mesmo conteúdo do ato inválido fosse novamente produzido, inevitavelmente estaríamos a reproduzir a mesma imperfeição anterior. É o que ocorre, segundo o reputado autor, com os vícios estruturais atinentes ao objeto, à finalidade, à motivação e à causa do ato administrativo.⁴

Cretella, a seu turno, também não admite a convalidação do ato administrativo inexistente, tampouco do ato nulo, sustentando, enfaticamente, que, “*nesses casos, perenemente, a qualquer tempo, pode e deve a Administração diligenciar para o desfazimento do ato administrativo imperfeito.*”⁵ Para Cretella, “*o ato administrativo nulo não merece obediência, mesmo antes de tal pronunciamento. A nulidade é insanável. O ato administrativo nulo é insusceptível de convalidação, de terapia. É irrecuperável.*”⁶

Não bastasse isso, o magistério de toda a doutrina também parece ser uníssono no que concerne à total impossibilidade da convalidação direcionada para os atos administrativos já impugnados na esfera administrativa ou judicial, como, aliás, por razões óbvias, é o caso destes autos. Nesse exato sentido, leia-se o escólio, dentre outros tantos, de Paulo Neves de Carvalho, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Júnior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marcelo Caetano, Themístocles Brandão Cavalcanti, Odete Medauar, Florivaldo Dutra de Araújo, Miguel Seabra Fagundes, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 167-168.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 168.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 61.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, tendo em vista a natureza mesma do vício ou imperfeição com que se nos apresenta o ato administrativo declaratório de falsidade ideológica hostilizado, que claramente é viciado em sua motivação, ele é nulo, natimorto, e, por conseguinte, na trilha de toda a doutrina e jurisprudência, insusceptível de convalidação.

Observe-se, por fim, que, ainda que em sede de cognição sumária, o Exmo. Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte, no julgamento da Ação Ordinária nº 0546003-56.2014.8.13.0024, houve por bem deferir o pedido de antecipação de tutela pleiteado pela Comercial Bigçucar Eireli, justamente para suspender os efeitos do Ato Declaratório nº 12.186.210.007435, ora em análise. Observe-se o seguinte trecho da decisão:

REVELA-SE DESARRAZADO, PORTANTO, AFIRMAR QUE A MENCIONADA SOCIEDADE EMPRESÁRIA FORA CONSTITUÍDA COM SIMULAÇÃO DE QUADRO SOCIETÁRIO, COMO SUGERIU O ATO DECLARATÓRIO DA SEF/MG, AO DECLARAR A FALSIDADE DE TODOS OS DOCUMENTOS FISCAIS QUE POSSAM TER SIDO EMITIDOS PELA “QUALITYÇUCAR”, IGNORANDO A DATA DE CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA, NO ANO DE 2008 (FLS. 37/42), E A DATA DA SIMULAÇÃO DO SEU QUADRO SOCIETÁRIO, EM ABRIL DE 2011.

SENDO ASSIM, E CONSIDERANDO-SE QUE ESSA SUPOSTA SIMULAÇÃO EMBASOU A DECLARAÇÃO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA DE TODAS AS NOTAS FISCAIS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA “QUALITYÇUCAR”, CONCLUI-SE, EM COGNIÇÃO SUMÁRIA, QUE A MEDIDA ANTECIPATÓRIA PRETENDIDA PELA PARTE AUTORA MERECE ACOLHIMENTO, HAJA VISTA A DISSONÂNCIA ENTRE AS SUPRACITADAS DATAS E AS INFORMAÇÕES CONTIDAS NO ATO DECLARATÓRIO CONTESTADO PELA REQUERENTE.

Considero que andou bem o ilustre Magistrado, na medida em que, somente a partir de 26/04/11 (data da simulação de quadro societário), os documentos emitidos pela Qualityçucar poderiam ser declarados ideologicamente falsos, com base no art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.5” da Lei Estadual nº 6.763/75.

Assim, o ato declaratório de falsidade ideológica publicado pelo Fisco mineiro foi maculado com vícios de motivo e objeto, o que o torna, sob minha ótica, claramente nulo.

Em face do exposto, voto pela improcedência do lançamento tributário.

Sala das Sessões, 22 de setembro de 2015.

Bernardo Motta Moreira
Conselheiro