

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.570/16/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000243343-06
Recurso de Revisão: 40.060138891-38
Recorrente: Mixxgeraes Atacadista e Distribuidora de Produtos Alimentícios
IE: 001911351.01-26
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Luiz Sérgio Gonçalves Ferreira Filho/Outro(s)
Origem: DFT/Contagem

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso. Recurso de Revisão não conhecido à unanimidade.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais:

1) aproveitamento indevido de créditos de ICMS, nos meses de julho e outubro de 2013, destacados em notas fiscais de entrada de mercadorias declaradas ideologicamente falsas, contrariando o disposto no art. 30 da Lei n.º 6.763/75 e art. 70, inciso V do RICMS/02.

Exigência de ICMS, apurado após recomposição da conta gráfica, e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI.

2) aquisições de mercadorias, sujeitas à substituição tributária, acobertadas por notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, subalíneas a.2, a.3 e a.5 da Lei n.º 6.763/75, consideradas desacobertadas de documento fiscal de acordo com o disposto no art. 149, inciso I do RICMS/02, no período de junho de 2012 a dezembro de 2013.

Exigências de ICMS, ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos art. 56, inciso II e § 2º, inciso I e 55, inciso XXXI.

3) falta de recolhimento do Adicional de Alíquota – Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) previsto no art. 2º, inciso I do Decreto n.º 45.934/12.

Exigência do adicional e da respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, no tocante às bebidas alcoólicas relacionadas nas notas fiscais autuadas.

Responsabilidade atribuída pelo recolhimento do ICMS/ST, na condição de destinatário/adquirente, nos termos do art. 15, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Em relação ao ICMS operação própria, a sua responsabilidade decorre do disposto no art. 21, inciso VII da Lei nº 6.763/75.

Da Decisão Recorrida

Em 05 de agosto de 2015 o processo esteve em pauta na 2ª Câmara de Julgamento quando, em preliminar e à unanimidade, foi retirado de pauta atendendo a pedido dos representantes da então Impugnante, marcando-se extrapauta para o dia 06 de agosto de 2015.

No dia 06 de agosto de 2015, por maioria de votos, novamente o processo foi retirado de pauta com retorno ao setor de pautamento tendo em vista o pedido formulado associado à ausência de seus representantes à sessão de julgamento.

Apreciando o lançamento a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em sessão realizada em 02 de setembro de 2015, em preliminar e à unanimidade, indeferiu o pedido de perícia e, no mérito, também à unanimidade, julgou procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG.

Esta decisão está consubstanciada no Acórdão n.º 20.848/15/2ª (fls. 2.978/3.013).

Do Recurso de Revisão

Inconformada com a decisão a Recorrente, por seus procuradores regularmente constituídos, apresenta Recurso de Revisão de fls. 3.015/3.035, em síntese, aos fundamentos seguintes:

- evidente o dissídio jurisprudencial causado, uma vez patente a caracterização da boa-fé do contribuinte que efetivamente aproveita o crédito de ICMS decorrente de nota fiscal posteriormente declarada falsa/inidônea, como no caso;

- neste sentido a sentença proferida pela 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais deverá ser reformada;

- transcreve ementas dos Acórdãos n.ºs 19.935/13/2ª, 19.936/13/2ª, 20.933/13/3ª e 19.619/12/2ª;

- foi designado o julgamento dos autos para 05 de agosto de 2015 e a Recorrente manifestou-se pelo adiamento, haja vista seus causídicos desejarem realizar sustentação oral, o que foi deferido;

- o processo foi retirado de pauta em atenção ao pedido de seus representantes e remarcado extrapauta para o dia 06 de agosto de 2015. Neste dia, os autos foram novamente retirados para novo pautamento, sem, contudo, definir nova data, mas seus advogados não foram intimados da extrapauta e, por isto, não compareceram neste dia;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os advogados ficaram aguardando nova intimação quando foram surpreendidos com a intimação do resultado do julgamento;
- a sustentação oral é mecanismo propício para garantir ao advogado uma preparação para potencializar as chances de vitória na defesa da causa de seu cliente;
- como restou impossibilitado o comparecimento de seus patronos, evidente a lesão ao exercício de defesa, pelo que o julgamento é nulo, uma vez que colidente com o ordenamento processual civil, bem como com a Constituição Federal;
- inobstante o pedido de prova pericial, nota-se que a decisão recorrida simplesmente afirma que os argumentos carreados pelo Fisco são suficientes para elucidação da questão. Para tanto, simula ter respondido as questões, quando na realidade não o faz;
- a elucidação dos quesitos é imprescindível ao deslinde da questão, de modo que a análise subjetiva por parte do Fisco somente demonstra séria lesão ao direito de defesa;
- o acórdão recorrido utiliza de jurisprudência que não possui qualquer correlação com o caso, pois discute o “reconhecimento ou não da percepção de diferença salarial decorrente da conversão de URV”, matéria totalmente estranha a lide;
- todas as questões levantadas não foram respondidas;
- a situação necessita da utilização da perícia e as respostas dadas no acórdão simplesmente relatam um apontamento subjetivo do Fisco, que tenta impor uma situação para poder julgar procedente o lançamento do tributo, quando na verdade, deveria apontar aspectos concretos para poder responsabilizar o contribuinte;
- verifica-se da ampla jurisprudência que o julgamento merece reforma, uma vez ser evidente que, apesar das notas fiscais terem sido declaradas falsas/ideologicamente falsas, somente o foram em tempo posterior as transações;
- mesmo ciente disto, o Fisco insistiu em descaracterizar toda transação, considerando que as mercadorias entraram no estabelecimento desacobertadas, implicando em hipotético aproveitamento indevido do crédito do tributo;
- os julgados ora acostados são claros ao dispor que devidamente comprovado a realização da operação mercantil, devem ser canceladas as exigências;
- o acórdão recorrido simplesmente considera as notas fiscais declaradas falsas/ideologicamente falsas como aptas a descaracterizarem toda transação, inobstante ao fato de terem sido assim declaradas em momento posterior;
- não está discutindo a caracterização da irregularidade, mas seus efeitos, uma vez que as declarações foram realizadas posteriormente a transação comercial;
- ao tempo da transação, as empresas eram consideradas regulares pelo próprio Fisco, não podendo o Fisco se ater a questões subjetivas para nortear seu trabalho que, por imposição legal, é plenamente vinculado;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o ato declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação preexistente, ou seja, não cria nem estabelece coisa nova, portanto, é de natureza declaratória e não normativa;

- à época das operações comerciais detinha as informações de que as empresas fornecedoras estavam em regular funcionamento e não poderia verificar os problemas que o próprio Fisco só veio a detectar tempos depois. Tanto que a situação das empresas perante a Receita Federal e ao Sintegra era apta a seu funcionamento;

- o Fisco, para detectar tal irregularidade, levou algum tempo e teve dificuldades, pois os próprios atos declaratórios têm data posterior à emissão das notas fiscais constantes do presente processo;

- a sana arrecadatória do Fisco é tamanha que mesmo sem ter o Ato de Inidoneidade publicado, nota-se que o Fisco já considera que alguns fornecedores estão com sua inscrição estadual cancelada ou bloqueada, ou seja, quer desconsiderar as transações a todo custo, querendo imputar a Recorrente responsabilidade que não é sua;

- o julgador não pode se furtar de uma análise quanto a efetividade das operações comerciais referentes às notas fiscais declaradas ideologicamente falsas;

- demonstrou efetivamente que a transação ocorreu, bem como foi recolhido o tributo relativo a operação, porém o Fisco simplesmente desconsidera o ato por ter declarado a falsidade das notas fiscais, querendo que a Recorrente arque com os tributos das operações anteriores;

- o conjunto de provas constante dos autos demonstra que o imposto destacado nos documentos fiscais cujo crédito ora se pretende estornar foi pago, embutido no preço da mercadoria de acordo com as regras de regência do ICMS;

- foi solidariamente responsável pela saída das mercadorias dos remetentes, bem como do ICMS/ST, uma vez que ficou constatado que as notas fiscais que lastrearam as transações foram declaradas falsas/ideologicamente falsas;

- viola frontalmente os arts. 121 e 128 do Código Tributário Nacional, uma vez que a Recorrente ostenta a condição de substituída e não de substituta, não havendo responsabilidade tributária no caso em comento. Outrossim, viola o art. 161 do Código Tributário Nacional, pois o tributo foi devidamente pago e comprovado;

- o caso em espécie já foi alvo de representativo de controvérsia, nos moldes do acórdão proferido no REsp 931.727/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux;

- assim, não pode o Fisco simplesmente cobrar o valor remanescente de ICMS diretamente do substituído, o que mostra a impropriedade do que disposto no art. 21, inciso VII, RICMS/02, que dispõe sobre a solidariedade do caso em espécie;

- não pode ser solidária aos seus fornecedores, uma vez ser inexistente a relação jurídico tributária entre substituído e substituto;

- a substituição tributária implica na escolha, pela lei, do substituto como responsável pelo pagamento do tributo devido por fato gerador praticado pelo contribuinte, resultando na exclusão do substituído;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- assim, clara a dificuldade, ou quase impossibilidade presente no caso em espécie, uma vez que não há como exigir que o contribuinte fosse detentor da documentação fiscal de outros contribuintes;
- ao transacionar com as mencionadas empresas fez de tudo que estava ao seu alcance para verificar a regularidade das mesmas;
- realizada a operação e quitada a dívida, cessam as responsabilidades do adquirente quanto a esta etapa comercial;
- no que toca à comprovação do pagamento das transações, acostou aos autos toda documentação que efetivamente demonstra a regularidade do negócio;
- a presença desses documentos, apesar de não legitimar os documentos fiscais, comprova que as mercadorias constantes de tais notas fiscais foram objeto de operações mercantis e tiveram o imposto cobrado do adquirente;
- os cheques na forma apresentada, segundo o Fisco, não foram suficientes a comprovar a regularidade dos negócios jurídicos celebrados, em face dos endossos nele contidos, mas tal premissa só é possível se demonstrada a não realização dos negócios jurídicos que correspondam aos endossos feitos;
- sobre os títulos de crédito há de se observar a Lei Uniforme de Genebra, e, especialmente, em relação aos cheques a Lei n.º 7.357/85, que trata de endosso;
- assim, para não acatar o endosso nos cheques para o fim de demonstrar a inexistência do negócio jurídico, o Fisco deverá demonstrar que o endossatário não tem relação jurídica com o endossante, ou, de outra forma, apresentar razões motivadas que o levaram a não considerar válido o endosso;
- por outro lado, o cheque constitui ordem de pagamento à vista e, circulando por meio de endosso se desvincula da causa subjacente em decorrência da autonomia das obrigações cambiárias, protegendo a lei o portador de boa-fé;
- cita e pede a aplicação da regra do art. 112 do Código Tributário Nacional;
- cita o Recurso Repetitivo do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial, 1.148.444/MG), para sustentar que não deve o lançamento tributário ser aprovado, com fundamento, também, nos princípios da razoabilidade, moralidade, eficiência e economia, bem como na eficácia que se espera dos trabalhos fiscais.

Ao final, requer seja admitido o presente Recurso de Revisão e decretado o julgamento nulo, uma vez que não foi oportunizado aos advogados chance de produzir sustentação oral. De igual maneira, ante o princípio da eventualidade, requer a reforma da decisão ora recorrida, devendo ser julgado improcedente o lançamento do tributo.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 3.039/3.049, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão, pela rejeição da preliminar de nulidade, pela impossibilidade de rediscutir a decisão relativa à produção de prova pericial e, no mérito, pelo não provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

Da Preliminar de Cerceamento de Defesa

No caso em tela, em sede preliminar a Recorrente propugna pela nulidade do julgamento por cerceamento de seu direito de defesa, afirmando que não teria sido oportunizado aos seus representantes devidamente constituídos a realização de sustentação oral no ato do julgamento.

Apesar da resposta a este questionamento encontrar-se na própria peça do recurso, cumpre verificar o histórico da questão.

Em 05 de agosto de 2015 o processo esteve em pauta na 2ª Câmara de Julgamento quando, em preliminar e à unanimidade, foi retirado de pauta atendendo ao pedido dos representantes da então Impugnante (fls. 2.969/2.974), marcando-se extrapauta para o dia 06 de agosto de 2015.

No dia 06 de agosto de 2015, respeitando a marcação extrapauta, novamente o processo foi retirado de pauta com retorno ao setor de pautamento tendo em vista o pedido formulado associado à ausência dos representantes da então Impugnante à sessão de julgamento.

A devolução ao setor de pautamento resultou em novo pautamento, tendo sido reaberto o prazo para que os advogados se preparassem para proceder à defesa oral e formalizassem novo pedido para sustentação oral.

No dia 02 de setembro de 2015, seguindo a pauta normal de julgamento publicada nos termos das normas de regência do procedimento, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG analisou o processo chegando a conclusão exposta no Acórdão n.º 20.848/15/2ª.

Em relação ao argumento de que não houve intimação do julgamento para que fosse possível realizar defesa por intermédio de sustentação oral, deve ser verificada a legislação aplicável ao caso.

Ressalta-se que as intimações relativas aos atos processuais promovidos pelo CC/MG são realizadas por intermédio do Diário Eletrônico da SEF/MG, conforme previsão expressa do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, *in verbis*:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

Art. 11. Na hipótese em que a representação do interessado no PTA se der através de procurador, as intimações serão realizadas diretamente a este, salvo disposição em contrário constante do instrumento de mandato.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 12. As intimações dos atos do PTA serão consideradas efetivadas:

.....
V - em se tratando de intimação por meio de publicação no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, na data de sua publicação, considerada como o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário Eletrônico.

§ 1º A intimação realizada em dia que não haja expediente normal na repartição em que tramita o PTA ou deva ser praticado o ato considera-se realizada no primeiro dia seguinte em que houver expediente normal.

.....
Art. 13. Os prazos do PTA serão contínuos, excluindo-se na contagem o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento, e só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o PTA ou deva ser praticado o ato.

§ 1º Salvo disposição em contrário, os prazos contar-se-ão da intimação, do recebimento do PTA ou da prática do ato.

§ 2º Em se tratando de intimação por meio de publicação no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, o prazo processual terá início no primeiro dia útil que se seguir ao considerado como a data da publicação.

.....
Art. 153. O PTA será incluído em pauta de julgamento publicada com antecedência mínima de 11 (onze) dias úteis contados da data da respectiva sessão, tendo vista dos autos, a partir da publicação:

- I - o sujeito passivo, nos 2 (dois) primeiros dias úteis, no Conselho de Contribuintes;
- II - o revisor, nos 2 (dois) dias úteis subsequentes;
- III - o Procurador do Estado, nos 2 (dois) dias úteis subsequentes aos do inciso anterior;
- IV - o relator, nos dias úteis remanescentes.

.....
Art. 159. Nas hipóteses de deferimento de pedido de vista ou de retirada de pauta do PTA, o processo será:

- I - diretamente encaminhado para julgamento em data estabelecida pela Câmara, independentemente de publicação; ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - novamente incluído em pauta, observando-se o disposto no art. 153.

Art. 160. Será admitida a defesa oral na sessão de julgamento do PTA, desde que requerida, no prazo previsto no art. 153, I, e na forma prevista no Regimento Interno do Conselho de Contribuintes.

Importante observar que os representantes da Recorrente conhecem essa sistemática como demonstra o documento, por eles acostado aos autos à fl. 2.974, retirado do acompanhamento processual do Conselho de Contribuintes em seu sítio na *internet*. Este documento foi juntado aos autos quando do pedido de adiamento do julgamento previamente previsto para realizar-se em 05 de agosto de 2015.

Apenas para conhecimento, cumpre registrar que o Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.906/08, prevê que em caso do processo ser retirado de pauta (§ 6º do art. 35), não haverá nova publicação, considerando-se que o interessado já foi intimado do julgamento inicial, bastando que acompanhe os passos subsequentes do processo na página do CC/MG na *internet*, se não se fez presente no dia do julgamento, a saber:

Art. 35. Aberta a sessão, observar-se-á a seguinte ordem dos trabalhos:

.....
§ 5º O pedido de adiamento do julgamento pelas partes deverá ser formulado por escrito ou oralmente, devidamente acompanhado da fundamentação e comprovação das razões do pleito, para a apreciação e decisão da Câmara.

§ 6º O PTA retirado de pauta em razão do pedido de adiamento deverá ser incluído em "extra pauta", independentemente de publicação, ou, na impossibilidade, prioritariamente em pauta normal.

.....
Art. 55. As partes serão intimadas ou comunicadas das decisões do Conselho de Contribuintes por edital publicado no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

.....
§ 2º A intimação ou comunicação do acórdão dar-se-á pela publicação do seu extrato, contendo o número do acórdão, os títulos da ementa, a identificação do PTA e das partes e a conclusão da decisão, esta restringindo-se a informar:

I - se procedente, total ou parcialmente, ou improcedente o lançamento ou a impugnação;

II - se deferido, total ou parcialmente, ou indeferido o pedido do contribuinte ou interessado;

III - se indeferida ou deferida a reclamação;

IV - se conhecido ou não o recurso; ou

V - se provido, total ou parcialmente, ou não provido o recurso.

Contudo, no caso dos autos, a Câmara de Julgamento se preocupou com a questão e o processo não foi julgado como extrapauta, mas em pauta normal. Da qual, como qualquer outro contribuinte, os representantes tiveram ciência.

Assim, foram seguidos todos os passos normativos na divulgação da data de julgamento e os representantes da ora Recorrente tiveram não só uma, mas pelas peculiaridades que permearam os presentes autos, três oportunidades para se manifestar oralmente.

Ademais, cumpre repetir pela importância, o processo apenas não foi julgado na primeira data prevista, em atendimento ao pedido dos próprios representantes da então Impugnante.

Respeitados, portanto, todos os parâmetros postos na legislação, não há que se falar em quebra dos princípios do contraditório ou ampla defesa.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Cumpre analisar a preliminar de cabimento do presente recurso nos termos do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO IX

DO RECURSO DE REVISÃO

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, nas seguintes hipóteses:

.....
II - no caso de PTA submetido ao rito ordinário, quando a decisão recorrida seja divergente, quanto à aplicação da legislação tributária, de outra proferida por câmara do Conselho de Contribuintes;

§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

I - a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa à:

a) questão preliminar, exceto a referente à desconsideração do ato ou negócio jurídico ou a que resulte em declaração de nulidade do lançamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal;

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada pelo órgão julgador conforme estabelecida nos termos do § 3º do art. 53 da Lei n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

.....

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA, acima transcrito, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Após análise dos autos e inteiro teor dos acórdãos indicados como divergentes, é possível verificar não assistir razão à Recorrente, pois a decisão neles consubstanciada não se revela divergente da recorrida quanto à aplicação da legislação tributária.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo recurso é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos Acórdãos n.ºs 19.935/13/2ª, 19.936/13/2ª, 20.933/13/3ª e 19.619/12/2ª.

Da análise das decisões indicadas como paradigma cumpre ressaltar que os Acórdãos n.ºs 19.935/13/2ª e 19.936/13/2ª, publicados no Diário Oficial em 16 de março de 2013, foram reformados pela Câmara Especial deste Órgão Julgador, conforme Acórdãos n.ºs 4.057/13/CE e 4.056/13/CE, respectivamente, publicados no Diário Oficial em 18 de maio de 2013, cujas ementas apresentam a seguinte redação comum às duas decisões:

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA - DOCUMENTO FISCAL IDEOLOGICAMENTE FALSO. CONSTATADO AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM A UTILIZAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DECLARADAS IDEOLOGICAMENTE FALSAS NOS TERMOS DO ART. 39, § 4º, INCISO II, SUBALÍNEA “A.5” DA LEI Nº 6.763/75. OPERAÇÕES CONSIDERADAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, NOS TERMOS DO ART. 149, INC. I DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXXI DA LEI Nº 6.763/75. DECISÃO REFORMADA. RECURSO DE REVISÃO CONHECIDO À UNANIMIDADE E PROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, considerando-se a previsão contida no art. 59 do Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.906/08, constata-se que fica prejudicada a análise quanto ao pressuposto de admissibilidade relativo à divergência jurisprudencial arguida em relação os citados acórdãos, a saber:

Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.906/08

Art. 59. Além das hipóteses previstas no inciso II do art. 165 do RPTA, o Recurso de Revisão interposto com base no inciso II do art. 163 do RPTA não será conhecido se versar sobre questão consubstanciada em acórdão paradigma reformado em caráter definitivo.

Já em relação à decisão proferida no Acórdão n.º 19.619/12/2ª, publicada no Diário Oficial em 16 de maio de 2012, merece destaque sua reforma pela Câmara Especial deste Órgão Julgador, conforme Acórdão n.º 3.902/12/CE, publicado no Diário Oficial do Estado em 21 de julho de 2012, cuja íntegra da ementa se apresenta:

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL IDEOLOGICAMENTE FALSO. CONSTATADO, MEDIANTE CONFERÊNCIA DE DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS, 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, LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS E DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA PREVISTAS, RESPECTIVAMENTE, NOS ARTS. 56, INCISO II E 55, INCISO XXXI, TODOS NA LEI N.º 6.763/75. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE REVISÃO CONHECIDO À UNANIMIDADE E PROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS.

Nesse sentido, da mesma forma que as decisões anteriores, considerando-se a previsão contida no art. 59 do Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.906/08, constata-se que fica prejudicada a análise quanto ao pressuposto de admissibilidade relativo à divergência jurisprudencial.

No que tange à decisão proferida no Acórdão n.º 20.933/13/3ª, cumpre ressaltar que foi reapreciada, em sede recursal, pela Câmara Especial deste Órgão Julgador, conforme Acórdão n.º 4.118/13/CE, sendo negado provimento ao Recurso de Ofício interposto pela 3ª Câmara de Julgamento, estando, por conseguinte, essa decisão apontada como paradigma apta a ser analisada quanto aos pressupostos de cabimento do Recurso.

Importante trazer os fundamentos das duas decisões para análise quanto à possível divergência entre elas quanto à aplicação da legislação tributária:

DECISÃO RECORRIDA: ACÓRDÃO Nº 20.849/15/2ª

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – DOCUMENTO FISCAL FALSO/IDEOLOGICAMENTE FALSO – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO

TRIBUTÁRIA. CONSTATOU-SE, MEDIANTE CONFERÊNCIA DE LIVROS, DOCUMENTOS E CRUZAMENTO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS, QUE A AUTUADA ADQUIRIU MERCADORIAS ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS DECLARADAS IDEOLOGICAMENTE FALSAS, NOS TERMOS DO ART. 39, § 4º, INCISO II, SUBALÍNEAS A.2, A.3 E A.5 DA LEI Nº 6.763/75, CONSIDERADAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTO FISCAL DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ART. 149, INCISO I DO RICMS/02. OS DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS PELA AUTUADA, NÃO COMPROVAM QUE AS EMPRESAS IDENTIFICADAS NAS NOTAS FISCAIS DECLARADAS FALSAS/INIDÔNEAS, OS QUAIS SUPOSTAMENTE ACOBERTARAM ÀS ENTRADAS DAS MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO AUTUADO, SÃO OS REAIS FORNECEDORES DAS MERCADORIAS OBJETO DA AUTUAÇÃO. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E § 2º, INCISO I DA LEI Nº 6.763/75, E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XXXI DA CITADA LEI.

.....
SALIENTA-SE QUE OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO DAS TRANSAÇÕES JUNTADOS AOS AUTOS NÃO PERMITEM CONCLUIR QUE SEJA A AUTUADA UMA ADQUIRENTE DE BOA-FÉ CONFORME O ENTENDIMENTO EXTERNADO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ (SÚMULA Nº 509), POR ELA MENCIONADA.

.....
DESSA FORMA, CONSTATA-SE QUE OS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS NÃO PERMITEM CONCLUIR QUE TAIS PAGAMENTOS TENHAM SIDO EFETUADOS ÀS EMPRESAS FORNECEDORAS, EMITENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS CONSIDERADOS IDEOLOGICAMENTE FALSOS. AO CONTRÁRIO, HÁ INDÍCIOS EM TAIS DOCUMENTOS QUE PERMITEM INFERIR TRATAR-SE DE UM ESQUEMA MONTADO COM INTUITO DE NÃO RECOLHER O ICMS/ST DEVIDO A ESTE ESTADO.

O QUE SE CONSTATA É QUE A IMPUGNANTE NÃO SE DESINCUMBIU DO SEU ÔNUS PROBATÓRIO, POIS DEIXOU DE ANEXAR AOS AUTOS PROVAS HÁBEIS E IRREFUTÁVEIS A COMPROVAR A REALIZAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO NA FORMA QUE MENCIONA TER OCORRIDO.

DESSA FORMA, CONSTATA-SE QUE O ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIADO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, EM RELAÇÃO À BOA-FÉ DO ADQUIRENTE DE MERCADORIAS CONSUBSTANCIADAS EM DOCUMENTOS FISCAIS IDEOLOGICAMENTE FALSOS, NÃO TEM O CONDÃO DE PROTEGER O CONTRIBUINTE QUE SE UTILIZA DE TAL "MODUS OPERANDI" PARA NÃO RECOLHER O ICMS/ST DEVIDO AOS COFRES PÚBLICOS, ESPECIALMENTE NO CASO EM COMENTO EM QUE A AUTUADA NÃO COMPROVOU, DE FORMA INEQUÍVOCA, O PAGAMENTO DAS AQUISIÇÕES ÀS EMPRESAS INFORMADAS NOS DOCUMENTOS FISCAIS.

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA: ACÓRDÃO Nº 20.933/13/3ª

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA - DOCUMENTO FISCAL FALSO/IDEOLOGICAMENTE FALSO. IMPUTAÇÃO FISCAL DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM A UTILIZAÇÃO DE NOTAS FISCAIS IDEOLOGICAMENTE FALSAS NOS TERMOS DO ART. 39, § 4º, INCISO II, SUBALÍNEA “A.5” DA LEI Nº 6.763/75. EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, MAJORADA PELA REINCIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 53, §§ 6º E 7º, TODOS DA LEI Nº 6.763/75. ENTRETANTO, A IMPUGNANTE COMPROVA A REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES MERCANTIS, RAZÃO PELA QUAL DEVEM SER CANCELADAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS. LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

.....
DA ANÁLISE DOS DOCUMENTOS DECLARADOS IDEOLOGICAMENTE FALSOS PELO FISCO EM CONFRONTO COM OS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE, VERIFICA-SE A COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES MERCANTIS.

A PRESENÇA DESSES DOCUMENTOS, APESAR DE NÃO LEGITIMAR OS DOCUMENTOS FISCAIS, É FORÇOSO RECONHECER QUE COMPROVA QUE AS MERCADORIAS CONSTANTES DE TAIS NOTAS FISCAIS FORAM OBJETO DE OPERAÇÕES MERCANTIS E TIVERAM O IMPOSTO COBRADO DO ADQUIRENTE.

TAL COMPROVAÇÃO LEVA À CONCLUSÃO DE QUE AS OPERAÇÕES MERCANTIS OCORRERAM E, PORTANTO, O CONJUNTO DE PROVAS CONSTANTE DOS AUTOS DEMONSTRA QUE O IMPOSTO FOI PAGO, EMBUTIDO NO PREÇO DA MERCADORIA DE CONFORMIDADE COM AS REGRAS DE REGÊNCIA DO ICMS, PELO ADQUIRENTE, NO CASO A ORA IMPUGNANTE. NÃO SE AFIRMA QUE O CONTRIBUINTE A QUEM COMPETIA O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO AOS COFRES PÚBLICOS, O FEZ. CASO NÃO TENHA FEITO, É LEGÍTIMO O PROCEDIMENTO FISCAL TENDENTE À APURAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS E A EFETIVAÇÃO DE SUA COBRANÇA NA FORMA PREVISTA NA LEI.

VALE LEMBRAR QUE O PODER JUDICIÁRIO TEM CONSAGRADO ESSE POSICIONAMENTO EM DETERMINADOS JULGADOS COMO SE MOSTRARÁ ADIANTE.

ASSIM, REALIZADA A OPERAÇÃO E QUITADA A DÍVIDA, CESSAM AS RESPONSABILIDADES DO ADQUIRENTE QUANTO A ESSA ETAPA COMERCIAL. A FALTA DE REPASSE DO IMPOSTO, AO ESTADO, PELO VENDEDOR/EMITENTE, NÃO PODE SER IMPUTADA À COMPRADORA.

Analisando-se o contexto das duas decisões, verifica-se que não se encontra caracterizada divergência entre elas quanto à aplicação da legislação tributária.

Repita-se, pela importância, que esta espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária visando a uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Reiterando, observa-se que a improcedência do lançamento na decisão apontada como paradigma se deveu a aspectos específicos daquele lançamento, não havendo nesses aspectos qualquer comunicação com o caso concreto do lançamento relativo à decisão recorrida.

Dentre os fundamentos da decisão apontada como paradigma, destacam-se *“verifica-se a comprovação da realização das operações mercantis... Tal comprovação leva à conclusão de que as operações mercantis ocorreram e, portanto, o conjunto de provas constante dos autos demonstra que o imposto foi pago, embutido no preço da mercadoria de conformidade com as regras de regência do ICMS, pelo adquirente, no caso a ora Impugnante”*.

Lado outro, no caso da decisão recorrida, observa-se que *“a Impugnante não se desincumbiu do seu ônus probatório, pois deixou de anexar aos autos provas hábeis e irrefutáveis a comprovar a realização da ocorrência do negócio jurídico na forma que menciona ter ocorrido”*.

Na decisão apontada como paradigma, ao se analisar o arcabouço probatório presente naqueles autos, entendeu a respectiva Câmara de Julgamento que existiam provas suficientes para cancelar o lançamento, em especial a comprovação da efetividade da ocorrência das operações.

Por outro lado, no caso concreto da decisão recorrida, a 2ª Câmara de Julgamento entendeu que não foram apresentadas as provas que comprovassem a efetividade das operações objeto do lançamento.

Assim, como o pressuposto de cabimento do presente recurso é justamente a existência de decisão divergente quanto à aplicação da legislação tributária sobre a mesma matéria e sob as mesmas circunstâncias, esta situação não restou configurada nos presentes autos.

Constata-se, que não se encontra caracterizada qualquer divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária em relação à matéria suscitada.

Portanto, diante de todo o acima exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do julgamento anterior. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria e, pela Recorrente, assistiu ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

juízo a Dra. Tatiana da Anunciaão. Participaram do juízo, além das signatárias, os Conselheiros José Luiz Drumond (Revisor), Eduardo de Souza Assis, Carlos Alberto Moreira Alves e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 06 de abril de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**

CC/MIG