

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.511/23/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002795751-21
Impugnação: 40.010155965-83
Impugnante: Aviário Diamante Ltda
IE: 003659256.00-96
Proc. S. Passivo: Rafael Fabiano dos Santos Silva.
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL IDEOLOGICAMENTE FALSO. Imputação fiscal de 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. Entretanto, restou demonstrado nos autos que a emitente das notas fiscais constava como habilitada, no Portal Público, e o Autuado comprovou o recolhimento das obrigações tributárias referentes às operações lançadas nos documentos fiscais, portanto as provas colacionadas não se mostram corretas para ilidir a operação de compra e venda do contribuinte mineiro. Infração não caracterizada. Canceladas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75. Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude de ter a Autuada aproveitado, indevidamente, no período de 01/11/21 a 31/07/22, créditos de ICMS destacados em documentos fiscais ideologicamente falsos de supostas aquisições da empresa Mitri Comércio e Distribuição de Alimentos Eireli, cuja situação cadastral foi declarada como inábil pelo Fisco Paulista, que constatou a “Simulação de existência do estabelecimento ou da empresa” na data de 17/12/19, conforme Consulta Sintegra anexada ao Auto de Infração.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 23/45. Requer ao final a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às págs. 98/115, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude de ter a Autuada aproveitado, indevidamente, no período de 01/11/21 a 31/07/22, créditos de ICMS destacados em documentos fiscais ideologicamente falsos de supostas aquisições da empresa Mitri Comércio e Distribuição de Alimentos Eireli, cuja situação cadastral foi declarada como inábil pelo Fisco Paulista, que constatou a “Simulação de existência do estabelecimento ou da empresa” na data de 17/12/19, conforme Consulta Sintegra anexada ao Auto de Infração.

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

Reitera-se, de início, que a acusação fiscal versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais declarados ideologicamente falsos ou inidôneos pela autoridade fazendária do estado de São Paulo.

A justificativa do Fisco paulista para declarar ideologicamente falsos ou inidôneos os documentos fiscais é a de que existe, pela emitente dos documentos autuados, uma “Simulação de Existência de Estabelecimento...”

Nada obstante, não há como prevalecer a acusação fiscal com a instrução que está materializada neste feito.

Inicialmente, verifica-se o fato de que a prova colacionada ao feito para que o Fisco paulista declarasse o estabelecimento como “existente de forma simulada” fora visitado, pelo que consta os autos (documento anexo ao Auto de Infração - AI) em novembro de 2022.

Esclareça-se, por oportuno, que a última operação do contribuinte mineiro autuado é de 15/07/22, antes desta intitulada “visita”.

Vale ressaltar que não há mais nada que não isso.

Ademais, acostado também ao processo um registro do Sintegra consignando a chancela de “não habilitado” em agosto de 2022. A Autuada, por sua vez, aponta nos autos que ao consultar o registro no portal público, este consagrava a Mitri Comércio e Distribuição de Alimentos Eireli como habilitada.

Ora, o Poder Público “cobra” por estes serviços dentre os quais o de certificar, via portal, estar ou não os contribuintes habilitados e essa é a ferramenta própria a tal mister.

As colocações feitas pelo Fisco de outorgar ao contribuinte o mister de “desconfiar sempre”, a despeito das informações públicas existentes, não guarda consonância com o mundo dos negócios e nem com a razoabilidade jurídica, até porque, repita-se, essa é a ferramenta que o Poder Público outorga aos contribuintes que no final das contas é uma ferramenta cobrada de todos.

Este o primeiro ponto.

Destaca-se, por oportuno, que as novidades colacionadas ao feito pelo Fisco somente em sede de réplica fiscal, causou transtorno e desequilíbrio processual, na medida em que apresentou provas “novas” e “scaneadas” em sua manifestação fiscal

sem ter aberto vista ao Contribuinte desses registros, evidenciando no mínimo, um desrespeito ao “devido processo legal”, que é princípio de ordem pública e constitucional inclusive pela legislação mineira.

De qualquer sorte, as informações colacionadas pelo Fisco, que demonstram ser a sócia da empresa Mitri Comércio e Distribuição de Alimentos Eireli beneficiária de programa de auxílio emergencial, não descaracterizam a operação tributária que é o foco do caso concreto.

Ademais, desnecessário relatar que há casos flagrados e noticiados em todos os canais de comunicação que até “políticos” foram albergados por tal benefício e registra-se, por oportuno, que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG, não é o foro adequado a tal debate.

Mais adiante também, verifica-se que o Fisco trouxe até informações sigilosas nos autos e confessa isso para fazer prova contra a empresa mineira que não tem nada com a empresa Mitri Comércio e Distribuição de Alimentos Eireli e a transportadora indicada nos documentos fiscais.

Também colacionado nos autos o fato de que a transportadora seria ou em tese é de mesmo grupo familiar que a empresa Mitri Comércio e Distribuição de Alimentos Eireli, entretanto isso não desnatura o crédito aproveitado.

Ademais, a transportadora sabidamente existe e efetuou o transporte pois, se não existisse, sabidamente o Fisco já tinha colacionado isso também. A idoneidade da transportadora sequer é contestada pelo Fisco no lançamento em exame.

Acrescenta-se ainda, o fato de que não estão arrolados no crédito tributário sub exame o emitente das notas fiscais e o transportador como Coobrigados.

Ora, o Fisco detém todo o poder de fazer isso, ainda mais levando em conta as convicções que trouxe somente agora, depois da defesa apresentada.

Completamente incoerente, pois se o Fisco questiona a legitimidade do crédito em razão da emitente “ser” supostamente inidônea e agindo, presumivelmente em conluio com a transportadora, o Fisco deveria tê-los arrolado como coobrigados.

Absolutamente contraditório o argumento fazendário nos presentes autos.

Portanto, são informações inéditas, fora do contexto objetivo do Auto de Infração e que não tem nada a ver com o aproveitamento legítimo ou não do crédito constante das notas fiscais autuadas.

Assim, vê-se que as provas colacionadas não se mostram corretas a ilidir a operação de compra e venda do contribuinte mineiro, e, reitera-se, o fato de que o Fisco paulista colacionou uma diligência presumivelmente realizada após as operações autuadas terem acontecido (diligência realizada em novembro de 2022).

E nem há discussão nos autos sobre a capacidade do local flagrado guardar ou ter a capacidade a este serviço extraído dos documentos fiscais autuados. Nem isso o Fisco paulista questionou nos autos quando da diligência havida após as operações terem sido realizadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se que nem há informação nos autos se “tocaram a campanha”; se ali tinha empregados; não há nada a este respeito, apenas uma fotografia atrelada a uma diligência de 01/11/22. Não existe certidão alguma de informação de vizinhos de que a empresa não estaria funcionando. Não há nada nesse sentido.

Paralelamente a isso tudo, vê-se de outro lado o fato de que o contribuinte mineiro, único arrolado no Auto de Infração, trouxe a prova mais valiosa em caso tal, qual seja, a demonstração de que as operações lançadas nos documentos fiscais “foram pagas”.

Trouxe a prova de que, na data da emissão das 7 (sete) notas fiscais autuadas, o Portal do Poder Público registrava o contribuinte como habilitado e que seu fornecedor recebeu valores que pagara.

Enfim, tecnicamente, fez o que estava ao seu alcance.

Necessário registrar também que durante a sessão de julgamento, foi lançado nos debates a desconfiança de que tais operações estavam vinculadas a um intermediário e que tais mercadorias teriam sido compradas em São Paulo e não em Minas Gerais.

Observa-se que passou a ser ilícito envolver um intermediário e comprar de fora, ainda mais quando se sabe, ou alguns deveriam saber que o “mercado” é dinâmico onde muitas vezes o contribuinte “vende até abaixo do custo” para não perder sua clientela ou mesmo compra em determinadas condições para obter uma exclusividade na representação. São coisas do mundo dos negócios que, há de convir, não configuram qualquer ilícito como sugerido.

Aliás, as 7 (sete) notas fiscais preponderam em um período de pandemia no qual muitas empresas fecharam; suspenderam contratos de empregados e venderam por encomenda. Até o poder público instituiu o trabalho “home office”, não significando que as repartições estariam “fechadas” por isso. Fato público e notório.

Nos mesmos debates orais, ainda foi apresentado um recurso impetrado pela empresa Mitri Comércio e Distribuição de Alimentos Eireli contra a Secretaria de Estado de Fazenda (SEF) de São Paulo, em sede de mandado de segurança, no qual, em São Paulo, obteve a segurança para reativar a emissão de notas fiscais. Ora, uma empresa que não existe “entra na justiça pedindo reativação das notas fiscais”.

E acordão, que é público, mostra outro abuso, só que da autoridade paulista, pois, consignado no voto do relator que bloquearam as notas fiscais sem qualquer justificativa. Um crasso erro técnico.

Transcreve-se a seguir excertos do referido voto.

VOTO Nº 27098.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMARCA CMAPINAS

AGRAVANTE: MITRI COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELLI

AGRAVADO: RESPONSÁVEL PELO POSTO FISCAL DE CAMPINAS – JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA WAGNER ROBY GIDARO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATOS ADMINISTRATIVOS – FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTOS EMPRESARIAIS.

MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DE LIMINAR PARA QUE A S SECRETARIA DA FAZENDA SE ABSTENHA DE DENEGAR A EMISSÃO DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA PELA EMPRESA IMPETRANTE, DE MODO A PROPICIAR O REGULAR DE SUAS ATIVIDADES, ATÉ O JULGAMENTO DO MANDAMUS. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA LIMINAR DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS QUE, EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA, DEMONSTRAM QUE A EMPRESA AGRAVANTE NÃO TEVE CIÊNCIA DOS MOTIVOS QUE LEVARAM À DENEGAÇÃO DA EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DENEGAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS COMO MEIO DE COBRANÇA INDIRETA DO ICMS. ADEMAIS É EVIDENTE O PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL CONSUBSTANCIADO NA IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES. DECISÃO REFORMADA COM DEFERIMENTO DA LIMINAR. RECURSO PROVIDO.”

Tecnicamente ainda, quando o Fisco colaciona o art. 70, inciso V do RICMS/02, a interpretação que se dá pela autoridade fazendária é de que a prova apta a ilidir a autuação é o recolhimento do imposto.

Ocorre, porém, que essa interpretação precisa ser vista dentro de critérios legais e razoáveis e o primeiro deles é que se refere ao ICMS, portanto, trata-se de tributo indireto.

Ora, se o contribuinte destinatário provar que pagou ao fornecedor e no preço está o tributo, a sua obrigação de provar o “pagamento” se esgotou, pois, o emitente da nota não tem obrigação de mostrar sua apuração a ninguém e nem o contribuinte mineiro consegue obrigar nem o judiciário a ter esta prova.

Assim, provando o pagamento, provada a limitação da responsabilidade do contribuinte mineiro em caso tal.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça - STJ firmou entendimento, conforme Súmula nº 509, *in verbis*:

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.

O STJ não se refere ao “pagamento de tributo” e nem poderia, considerando as ressalvas constantes destes casos.

Sobre a alegada retroatividade dos efeitos da inabilitação calcada em uma visita ocorrida em novembro de 2022, ainda prossegue o STJ consagrando que os efeitos de uma publicação somente poderão correr a partir de sua edição (da publicação) e não de forma retroativa, confira-se.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O ATO DECLARATÓRIO DE INIDONEIDADE SÓ PRODUZ EFEITOS A PARTIR DE SUA PUBLICAÇÃO (RESP Nº 196.581, REL. MIN. GARCIA VIEIRA).

Diante de todo o exposto, e considerando os elementos constantes dos autos, cancelam-se as exigências fiscais presentes no Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Wertson Brasil de Souza (Revisor) e Ivana Maria de Almeida, que o julgavam procedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rafael Fabiano dos Santos Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Geraldo Júnio de Sá Ferreira. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participou do julgamento, além do signatário, e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Frederico Augusto Lins Peixoto.

Sala das Sessões, 12 de julho de 2023.

**Antônio César Ribeiro
Presidente / Relator**

CS/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.511/23/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002795751-21
Impugnação: 40.010155965-83
Impugnante: Aviário Diamante Ltda
IE: 003659256.00-96
Proc. S. Passivo: Rafael Fabiano dos Santos Silva.
Origem: DF/Divinópolis

Voto proferido pelo Conselheiro Wertson Brasil de Souza, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Inicialmente, cabe repetir que a autuação versa sobre o aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais ideologicamente falsos de supostas aquisições junto à Mitri Comércio e Distribuidora de Alimentos Eireli, cuja situação cadastral foi declarada como inábil pelo Fisco paulista, que constatou a “Simulação de existência do estabelecimento ou da empresa” na data de 17/12/19, conforme Consulta Sintegra anexada ao Auto de Infração, conforme págs. 10/11.

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso XXXI, observado o limitador do § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

Apresentadas a Impugnação, feitas a defesa oral pelo patrono da Impugnante e a defesa da procedência do feito fiscal por parte do representante da Fazenda Pública Estadual, resultou o julgamento em favor da Impugnante, pelo voto de qualidade, por entender os demais conselheiros que se aplicaria ao caso o disposto na Súmula nº 509 do STJ, *in verbis*:

SÚMULA Nº 509 DO STJ

ENUNCIADO

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. (SÚMULA 509, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 26/03/2014, DJE 31/03/2014)

No entanto, a Súmula nº 509 do STJ não alberga a situação, pois conforme os contratos de intermediação e comprovantes de pagamentos apresentados pela Impugnante, com a pretensão de demonstrar a realidade das operações de compra e venda de produtos, verifica-se que os mesmos, inclusive os comprovantes de pagamento, não são suficientes para atestar a real existência da Mitri e a consequente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

regularidade das operações de compra e venda, estampada nos documentos fiscais ideologicamente falsos, haja vista que não foi demonstrada a boa-fé de que trata a Súmula nº 509 em comento.

Essa boa-fé presumida pela Súmula/STJ é condicionada à demonstração da **veracidade** da compra e venda.

Um ato de compra e venda exige, no mínimo, os seguintes elementos: Vendedor, comprador, objeto e preço.

A partir dos elementos trazidos aos autos, em especial o endereço residencial onde supostamente estaria sediada a empresa cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas pela Fazenda Estadual e igualmente declarada como inexistente de fato pelo Fisco paulista, *como considerar como verdade o ato de compra se inexistente a figura do vendedor, conforme comprovado nos autos?*

Ademais, os comprovantes de pagamento trazidos aos autos são provas necessárias, mas não suficientes para comprovar a boa-fé no negócio. A região de Pará de Minas – MG é conhecida por ser polo de produção de frangos para abate, logo, os aviários existentes conhecem, sobremaneira, os fornecedores que há no mercado.

Por que razão, a Impugnante celebraria um contrato de compra de insumos com um intermediário sediado em Pará de Minas e não o fez diretamente com o fornecedor, descuidando-se de averiguar a real existência do mesmo ou de verificar a anuência do mesmo em tal contrato?

A demonstração do pagamento à Mitri, como salientado antes, não é prova inequívoca da realização das operações de compra, haja vista que o caso tem toda a aparência de simulação de um negócio, embora a Fiscalização não tenha tratado dessa matéria no Auto de Infração. Isso pode ser comprovado pela conexão entre o suposto transportador das mercadorias, Comércio e Transporte de Produtos Alimentícios Ribeiro Eireli, que possui a mesma atividade econômica da Mitri e tem em comum com esta o contabilista. Tal transportadora tem como única proprietária a pessoa de Jeniffer Suellen dos Santos que vem a ser filha de Márcia Marina dos Santos, a então sócia-administradora da Mitri, conforme págs. 104/105.

Não comprovada a boa-fé negocial, há que se aplicar o disposto no art. 70, inciso V, do RICMS/02, *in verbis*:

RICMS/02

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;

(...)

Ante todo o exposto, não há que prosperar a pretensão da Impugnante, razão por que se apresenta a divergência do voto deste conselheiro para com os votos que ensejaram a improcedência do lançamento.

Entendo, assim, ser procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 12 de julho de 2023.

**Wertson Brasil de Souza
Conselheiro**

CCMIG