

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 2.212/00/CE
Recursos de Revisão: 40.60003004-59 (Aut.) e 40.60003005-21 (Faz.)
Recorrentes/Recorridos: HC Comércio e Representações Ltda. e Fazenda Pública Estadual
Advogada: Maria Clara Evangelista de Miranda/Outra
PTA/AI: 01.000106700.74
Inscrição Estadual: 186.617503.0047
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Nota fiscal inidônea - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, destacados em notas fiscais declaradas inidôneas por meio de Atos Declaratórios expedidos com fulcro no artigo 3º da Resolução n.º 1.926, de 15/12/89. A questão discutida nos autos não é afeta ao exame da efetividade da entrada das mercadorias no estabelecimento, mas sim, na impossibilidade do creditamento do ICMS destacado nas notas fiscais tendo em vista o óbice oposto pelo artigo 153, inciso V do RICMS/91. Exigências fiscais mantidas, inclusive relativamente às notas fiscais que por algum meio se comprova ter havido a realização do negócio .

Substituição Tributária – Medicamentos e Outros Produtos – Falta de Retenção e Recolhimento do ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária referente a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a este regime, cujo ICMS/ST não foi retido pelos remetentes, bem como a falta de recolhimento do ICMS/ST referente ao estoque existente no estabelecimento. Exigências fiscais mantidas.

Recurso de Revisão interposto pela Fazenda Pública Estadual (n.º 40.60003005-21) provido. Decisão pelo voto de qualidade.

Recurso de Revisão interposto pela Contribuinte (n.º 40.60003004-59) não provido. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, relativamente à diversas situações: notas fiscais declaradas inidôneas; aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária; aquisições de mercadorias não destinadas a revenda; créditos de ICMS lançados em duplicidade; estorno de débito referente a nota fiscal cuja mercadoria saiu em mês posterior ao de sua emissão; e também, sobre falta de recolhimento do imposto em razão do cancelamento irregular de

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nota Fiscal; falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST de medicamentos e outros produtos e sobre a entrada de mercadorias sujeitas a substituição tributária, bem como a falta de recolhimento do ICMS/ST sobre o estoque existente no estabelecimento; falta de recolhimento de ICMS devido nas saídas de mercadorias; escrituração incorreta do ICMS; lançamento de nota fiscal de saída em mês posterior ao da sua emissão.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 13.843/99/1ª, pelo voto de qualidade, excluiu parcialmente das exigências de ICMS, MR, relativas às notas fiscais inidôneas de fls.770,772,776,780,782,784,786,790,792 e 794, tendo em vista as autenticações bancárias nos boletos que comprovam efetivamente a realização do negócio e conseqüente circulação da mercadoria, e, ainda para se excluir o item 7 do Auto de Infração, por indevida a cobrança desta exigência.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestivamente, o Recurso de Revisão n.º 40.60003005-21 (fls.901/906), por intermédio de seu procurador legalmente habilitado, sob as seguintes razões, em síntese:

Que a Contribuinte foi autuada em razão de diversas irregularidades dentre as quais o aproveitamento de crédito de imposto destacado em notas fiscais declaradas inidôneas, tendo a 1ª Câmara decidido pela manutenção apenas parcial das exigências relativas a esse item, excluindo aquelas relacionadas às notas fiscais que por algum meio se comprova ter havido a realização do negócio.

Pela simples leitura do acórdão nota-se a flagrante ilegalidade da decisão tendo em vista que admite o aproveitamento de crédito oriundo de documentos inidôneos, cujo pagamento do tributo não foi comprovado.

Sendo o ICMS um tributo não cumulativo, de apuração periódica, e que deve ser calculado pelo contribuinte, cabe a ele verificar seus débitos e apropriar-se do crédito a que se faça jus em cada período, recolhendo o tributo devido; por outro lado havendo irregularidade no recolhimento espontâneo, cabe ao fisco autuar promovendo o estorno dos créditos indevidos, posto que consignados em documentos declarados inidôneos.

A aceitação dos créditos pelo Fisco significaria o reconhecimento de créditos fictícios, forjados apenas para lesar o erário, uma vez que não se discute a realização ou não dos negócios relacionados aos créditos autuados e sim de que tais créditos se originavam de documentos declarados inidôneos, porquanto caberia à Recorrida, nos termos do artigo 153 do RICMS/91, provar que foi recolhido o ICMS destacado nos respectivos documentos.

Tendo a declaração de inidoneidade dos documentos obedecido as formalidades previstas na Legislação (Res.1.926/89), eles se constituem em atos administrativos capazes de gerar os efeitos previstos na legislação, logo, o direito da Recorrida de proceder o aproveitamento do crédito está vinculado à existência dos créditos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não querendo ou não podendo fazer prova da existência dos créditos, o contribuinte ataca sem qualquer fundamento jurídico os procedimentos adotados pelo Fisco questionando a sua competência para emitir atos declaratórios de inidoneidade bem como a força obrigatória de tais atos.

A prova da ocorrência da circulação das mercadorias trazidas pela empresa, à vista do disposto no artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88, e decisões do STJ que transcreve às fls. 905, não é eficaz para substituir a prova do recolhimento do tributo exigida pela legislação.

Conclui pugnando pela reforma da decisão, restaurando-se a exigência fiscal, porquanto ficou demonstrada a correção da autuação, bem como a ilegalidade da decisão recorrida.

A Recorrida/Autuada, tempestivamente, por intermédio de seu procurador regularmente constituído, contra-arrazoa o recurso da Fazenda Pública Estadual, nos seguintes termos, em síntese:

Insurge-se a Fazenda Pública contra decisão prolatada pela 1ª Câmara, que julgou parcialmente procedente a impugnação na parte que exclui da exigência fiscal o imposto sobre as notas fiscais, em que houve a comprovação da realização do negócio e conseqüente circulação da mercadoria, anexadas às fls. 770, 772, 776, 780, 782, 784, 786, 790, 792 e 794, dos autos.

A Fazenda afirma que tal prova não é eficaz para substituir a prova do recolhimento do imposto exigido pela legislação, citando jurisprudência que entende adequar ao caso e à tese que defende.

Equivoca-se a Fazenda Pública em sua tentativa de robustecer sua tese com as jurisprudências citadas, tendo em vista que a primeira se refere a impossibilidade de se creditar do ICMS relativo à matéria prima isenta do imposto, e nas duas outras também não há indícios de que se trate do mesmo caso do presente recurso.

Conclui afirmando que a decisão de excluir as notas fiscais citadas deve ser mantida e junta também jurisprudência do STJ que favorece a sua tese.

Requer seja negado provimento ao Recurso de Revisão interposto pela parte contrária.

Também, a Autuada interpõe, tempestivamente, o Recurso de Revisão n.º 40.60003004-59 (fls. 919/924), por intermédio de seu procurador regularmente constituído, sob as seguintes razões, em síntese:

A decisão prolatada pela 1ª Câmara, que julgou apenas parcialmente procedente a impugnação apresentada, mantendo a autuação quanto as diversas alegadas irregularidades, merece ser reformada, para que sejam canceladas as exigências fiscais apontadas a seguir:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) - Aproveitamento de créditos de notas fiscais declaradas inidôneas (item 1 do Auto de Infração).

Além das notas fiscais mencionadas no acórdão, pretende sejam excluídas das exigências outras notas fiscais cuja circulação da mercadoria está demonstrada, a exemplo da nota fiscal de fls.774 e respectivo boleto bancário anexado às fls.775; nota fiscal nº1213, às fls.778 e respectivo boleto bancário anexado às fls.779; notas fiscais anexadas às fls.688 a 769, da CM Com. e Representações Ltda., emitidas em 1992 e 1.93, Declaração de inidoneidade publicada somente em 02.11.95 (fls.687), portanto de 2 a 3 anos após as operações mercantis realizadas, cuja efetiva entrada está provada pela escrituração em livro próprio (fls.796/834), e pelos recibos apostos pelo fornecedor das mercadorias no verso das duplicatas respectivas anexadas as fls.689 a 762.

2)- Falta de recolhimento do ICMS devido pela entrada de mercadoria (medicamentos e outros produtos) sujeitos ao regime da substituição tributária e cujo ICMS não foi retido pelos remetentes (item 06 do Auto de Infração).

Merece reforma a decisão, para que se cancele a exigência pois não se pode cobrar do destinatário mineiro a alegada falta de recolhimento da qual não há comprovação, visto serem os fornecedores em sua grande maioria estabelecidos em outros Estados.

3) - Falta de recolhimento do ICMS/ST sobre o estoque de mercadorias.

Merece reforma a decisão prolatada na parte que manteve a exigência fiscal sobre a mercadoria “agulha para fístula”, pois a mesma não se enquadra no rol daquelas sujeitas à Substituição Tributária, visto que a relação existente na lei é taxativa para “agulhas de seringa”, posição 9018.32.02 da NBM, não permitindo interpretação extensiva.

4) - Merece ser excluídos da relação tributária os sócios/coobrigados Márcio Torres e Regina Maria Magalhães Torres, visto que conforme contrato social anexado às fls. 646 a 648, desde 01 de Agosto de 1996, quando da autuação, a Empresa pertencia a Valéria Maciel e Josina Chaves dos Santos.

Requer o provimento de seu Recurso de Revisão, para que seja excluído da exigência fiscal os pontos acima mencionados.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 967/974, opina pelo provimento do Recurso de Revisão interposto pela Fazenda Pública Estadual e pelo não provimento do Recurso de Revisão interposto pela Autuada, H.C. Comércio e Representações Ltda.

DECISÃO

Da análise dos pressupostos de cabimento do Recurso de Revisão, conclui-se que tanto o recurso impetrado pela Fazenda Pública quanto pela Autuada, revelam-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

se cabíveis nos termos do artigo 137 da CLTA/MG, uma vez que a decisão recorrida, resultou do voto de qualidade.

No tocante ao pedido da 2ª Recorrente de exclusão dos sócios, Márcio Torres e Regina Maria Magalhães Torres, da obrigação tributária, cumpre esclarecer que a identificação dos mesmos no Auto de Infração (fls.656) é apenas em caráter informativo do quadro societário da empresa, à época dos fatos que deram origem às exigências, e não implica, necessariamente, em responsabilidade solidária, a qual, sendo o caso, será apurada por ocasião da execução fiscal.

Quanto o mérito, inicialmente, faz-se oportuno observar que a CLTA/MG, em seu artigo 137, § 3.º, prevê que o recurso de revisão devolverá à Câmara Superior o conhecimento de toda matéria nele versada.

Da leitura dos argumentos trazidos nas peças recursais, observa-se que o Recurso impetrado pela Fazenda se restringe à decisão que excluiu parcialmente as exigências de ICMS e MR (item 1 do AI), relativas às notas fiscais inidôneas especificadas no acórdão, enquanto o da Autuada, além de ampliar o rol das notas fiscais que pretende sejam excluídas, abrange também outras três questões: falta de recolhimento do ICMS/ST sobre medicamentos e outros produtos, não retido pelos remetentes das mercadorias (item 06 do AI), bem como sobre os estoques existentes em 19/10/94, no tocante às “agulhas para fístula” (parte do item 08 do AI), e ainda a questão do pedido de exclusão de sócios já tratada na preliminar.

Como se sabe, o direito do crédito relativo às entradas de mercadorias decorre do princípio constitucional da não-cumulatividade, insculpido no inciso I, do parágrafo 2º, do artigo 155 da CF/88.

O legislador constituinte não se conformando em ditar o princípio concisamente, tratou-o em minúcias ditando-lhe as regras mais importantes: "será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal", e mais, estabeleceu no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “c”, que cabe à lei complementar, disciplinar o regime de compensação do imposto.

O Convênio 66/88, por outorga constitucional consubstanciada no artigo 34, §8º, dos ADCT, disciplinou a matéria até o advento da Lei complementar 87/96, e em seu artigo 30 estabelece o seguinte:

"Art. 30 - "O direito de crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto,..... está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração, nos prazos e condições estabelecidos na legislação."

Na Legislação Mineira, a norma foi reproduzida, literalmente, no artigo 30 da Lei 6.763/75, com a redação dada pela Lei 12.423/96.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A vedação aos créditos decorrentes de documentos fiscais considerados inidôneos, a que se refere a legislação, vem expressa no Inciso V, do artigo 153, do RICMS/91, vigente à época, que determina o seguinte:

"Art. 153 - Não implicarão crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações subsequentes:

(.....)

V - a operação ou prestação acobertada por documento fiscal falso ou inidôneo, salvo prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago."

Nesse passo, o RICMS/91, por sua vez, cuidou no artigo 184, de declarar quais são os documentos considerados inidôneos, e dentre outros, elencou no inciso III, aqueles de contribuintes que tenha encerrado irregularmente a sua atividade.

Registre-se ainda que, conforme disposto no artigo 184, do RICMS/91, os documentos inidôneos fazem prova somente a favor do Fisco.

Acrescente-se ainda que, como se sabe, a publicação do Ato Declaratório de Inidoneidade é precedida de procedimento próprio, disciplinado pela Resolução N.º 1.926/89, e consiste na realização de diligências especialmente efetuadas com o objetivo de investigar a real situação do contribuinte e das operações por eles praticadas, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas nos incisos I a IV do artigo 3º da referida Resolução.

No caso específico, constata-se a existência do Ato Declaratório de Inidoneidade, publicado nos termos da Resolução n.º 1926/89, referentes às empresas que figuram como emitentes das notas fiscais relacionadas às fls.11 e 13, cujos créditos foram estornados, compreendendo todos os documentos fiscais emitidos a partir das datas em que especifica, autorizados ou não, motivado pelo encerramento irregular das atividades, e inexistência de fato do estabelecimento.

Conforme se observa, as provas constantes nos autos não deixam dúvidas de que os créditos estornados pelo fisco são provenientes de notas fiscais, cuja empresa emitente se encontravam em situação irregular, portanto inidôneas, cujo creditamento está vedado pela legislação tributária.

Merece portanto ser reformada a decisão, no sentido de manter integralmente o estorno dos créditos apropriados indevidamente lançados no item 1 do Auto de Infração, já que em se tratando de documento inidôneo, a única exceção contemplada na legislação está condicionada à prova concludente de que o imposto tenha sido corretamente recolhido (artigo 153, inciso V, do RICMS/91), prova esta não produzida pela então Impugnante.

Quanto ao pleito da Recorrente/Autuada para que seja reformada a decisão no sentido de cancelar as exigências descritas no item 06 do Auto de Infração, relativas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

à falta de recolhimento do ICMS/ST, devido na entrada de mercadoria, cujo imposto não foi retido pelos remetentes (2º Ponto do Recurso) cabe lembrar que a sua responsabilidade concernente a esta exigência advém do disposto no artigo do Decreto n.º 32.848 de 23.08.91, c/c art. 44 do RICMS/91, corretamente citados no Auto de Infração.

Do exame das notas fiscais relacionadas às fls.620/626, objeto das exigências em análise, por exemplo as de fls.212, 227, e 230, verifica-se que de fato o imposto lançado pelo Fisco não foi retido pelos remetentes. Ademais nesse aspecto nota-se que a Recorrente/Autuada ficou apenas no campo das alegações, nada trazendo de concreto que pudesse justificar a reforma da decisão que manteve integralmente as exigências lançadas no auto de infração, no tocante a esse item.

Quanto a falta de recolhimento do ICMS devido sobre o estoque existente em 19/10/94, no tocante a “agulha de fistula” (3º Ponto do Recurso), saliente-se que o único argumento apresentado pela Recorrente é de que as referidas agulhas não estão classificadas na posição 9818.32.02 da NBM, todavia não trouxe aos autos nenhuma prova de as mercadorias estejam classificadas em outra posição, razão pela qual deve ser mantida a decisão no tocante a essa irregularidade.

É de se concluir assim que nenhuma razão assiste à 2ª Recorrente.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao Recurso interposto pela Fazenda Estadual (n.º 40.60003005-21). Vencidos os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor), João Inácio Magalhães Filho e Luciano Alves de Almeida que a ele negavam provimento. Ainda no mérito, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso interposto pela Contribuinte (n.º 40.60003004-59). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Participou do julgamento, também o Conselheiro Cleomar Zacarias Santana.

Sala das Sessões, 13/11/00.

Ênio Pereira da Silva
Presidente

Edmundo Spencer Martins
Relator

JP