

Acórdão: 15.350/01/1^a
Impugnação: 40.010050008-31
Impugnante: Aliança Diagnóstica Ltda.
PTA/AI: 01.000122603-37
Inscrição Estadual: 062.508344.00-40
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTA FISCAL INIDÔNEA. Apropriação indevida de crédito de ICMS consignado em notas fiscais declaradas falsas. Razões de defesa incapazes de elidir o feito fiscal. Exigências mantidas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Apropriação indevida de crédito de ICMS decorrentes de mercadorias sujeitas ao sistema da substituição e que será revendida em Minas Gerais, tendo em vista o artigo 46 do RICMS/91. Infração caracterizada.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Constatada a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST. Correta as exigências fiscais nos termos do artigo 44, *caput* e § 1º do RICMS/91. Infração caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades, no período de 01/01/93 a 31/07/96:

- 1) recolhimento a menor do ICMS em decorrência de aproveitamento indevido de créditos deste imposto originários de lançamentos de notas fiscais falsas;
- 2) recolhimento a menor do ICMS em virtude de destaque do imposto em notas fiscais de aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária, tendo havido aproveitamento como crédito destes valores;
- 3) falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em notas fiscais de aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, cuja retenção do imposto na origem não ocorreu.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 567/593, aos seguintes argumentos:

- os agentes fiscais erraram ao utilizarem a UFIR para atualização monetária no presente Auto de Infração tendo em vista que a mesma além de não possuir amparo legal, é inconstitucional;

- a ação fiscal deve ser anulada por não ter considerado a capacidade econômica do Contribuinte, por ter apresentado erros matemáticos e por ter desrespeitado dispositivos normativos;

- registrou corretamente as notas fiscais ditas falsas pela fiscalização, bem como recolheu o imposto devido e verificou todas as formalidades extrínsecas a referidos documentos;

- estas notas fiscais foram impressas mediante autorização fazendária conforme constatou;

- somente o poder judiciário pode declarar a falsidade dos documentos fiscais;

- não pode ser penalizada por alegadas infrações ou atos de inidoneidade do devedor, visto que agiu de boa-fé;

- a fiscalização ao exigir o recolhimento do imposto não retido mediante substituição tributária e ao impedir a apropriação dos créditos decorrentes destas operações está desrespeitando o princípio da não-cumulatividade;

- embora não devido o imposto, não foram considerados os destaques do mesmo em diversas notas fiscais, bem como não foi observada a existência de diversas operações que não estavam amparadas pela substituição tributária;

- a substituição tributária no entendimento do Superior Tribunal de Justiça é inconstitucional;

- inexistente previsão legal para a atribuição de responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária e penalidades decorrentes.

Requer a procedência da Impugnação.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 625/630, aos fundamentos que se seguem:

- a indexação pela UFIR é legal nos termos do artigo 127 da Lei n.º 6.763/75 e da Resolução n.º 2.220/92;

- não é atribuição do Fisco analisar a capacidade econômica do Contribuinte;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a agregação de 53,30% está correta visto que o percentual de 51,46% nunca vigorou;

- a determinação de estorno de créditos oriundos de notas fiscais falsas está prevista no inciso V do artigo 153 e no artigo 181, ambos do RICMS/MG;

- os atos declaratórios da falsidade dos documentos que ensejaram a autuação constante do item 01 foram publicados no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais;

- é responsabilidade do adquirente das mercadorias cujo imposto é devido mediante substituição tributária o recolhimento do mesmo quando o substituto deixar de retê-lo na origem, nos termos da legislação tributária estadual;

- é incabível o direito de crédito nas aquisições de mercadorias com retenção do ICMS devido por substituição tributária, visto que fica o adquirente desobrigado de destacar este imposto nas subsequentes saídas, restando assim respeitado o princípio da não-cumulatividade.

Por fim pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 642 a 648, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades, no período de 01/01/93 a 31/07/96:

1) recolhimento a menor do ICMS em decorrência de aproveitamento indevido de créditos deste imposto originários de lançamentos de notas fiscais falsas;

2) recolhimento a menor do ICMS em virtude do aproveitamento a título de crédito do imposto destacado em notas fiscais de aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária;

3) falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em notas fiscais de aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, cuja retenção do imposto na origem não ocorreu.

DAS PRELIMINARES

Relativamente ao questionamento da atualização monetária do crédito tributário com base na UFIR é importante observar que a mesma apresenta respaldo legal tendo em vista que no período referente ao crédito ora atualizado pela UFIR estavam em vigor textos normativos que amparavam e determinavam a utilização desta unidade fiscal, sendo eles o artigo 127 da Lei n.º 6.763/75 e Resoluções nºs 2.220/92 e 2.554/94. Assim temos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 127 – Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.”

As Resoluções Estaduais acima citadas determinavam a atualização do crédito tributário estadual, quando não recolhido na data de seu vencimento com base na variação do valor da Unidade Fiscal de Referência – UFIR – diária, a qual foi instituída pela Lei Federal n.º 8.383/91.

A Impugnante em sua peça inicial argüi ainda preliminarmente a nulidade do Auto de Infração por ter considerado que a capacidade econômica da Contribuinte não foi respeitada, bem como por ter o mesmo apresentado erros matemáticos e desrespeitado dispositivos normativos.

Temos, no entanto, que não foram apresentadas provas da ocorrência efetiva de citados erros matemáticos, bem como não merece prosperar a alegação de desrespeito à capacidade econômica da Contribuinte visto que esta é matéria constitucional e que não deve aqui ser analisada.

O Auto de Infração observou o disposto no artigo 59 da CLTA/MG e desta forma não temos motivos ensejadores de sua nulidade.

DO MÉRITO

Irregularidade 1

A fiscalização constatou que a Impugnante recolheu ICMS a menor em decorrência de aproveitamento indevido de créditos de ICMS originários de lançamentos de notas fiscais falsas, emitidas por diversas empresas.

Ocorre que os documentos fiscais acima citados foram declarados falsos por Atos Declaratórios publicados no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, fls. 26/31 e 557/564. Observe-se aqui que a publicação dos referidos Atos Declaratórios se deu anteriormente a qualquer procedimento fiscal.

A obrigatoriedade da utilização de documentação fiscal idônea e verdadeira para acobertar mercadorias é regra cogente, não podendo o contribuinte alijar-se de tal procedimento e, sendo as Notas Fiscais em apreço inábeis para acobertar tais mercadorias, visto serem falsas, caracterizada está a infração à legislação tributária.

Ademais, acrescente-se que não é apenas o ato declaratório em si que confere a condição de falso ou inidôneo a um documento. Observa-se que os mesmos são falsos por serem emitidos por pessoa que não tenha existência legal como Contribuinte, ainda que conste como estabelecida em outra unidade da Federação. É competência do Chefe da Administração Fazendária declarar a falsidade dos documentos fiscais nos termos das normas tributárias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressaltamos aqui a inexistência de provas conclusivas da ocorrência das operações questionadas, de pagamento do tributo nas operações anteriores ou do pagamento de faturas aos remetentes.

Irregularidade 2

No tocante ao recolhimento a menor do ICMS em virtude de destaque do imposto em notas fiscais de aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária temos que a legislação tributária inadmite a compensação de débito relativo à substituição tributária com qualquer crédito do imposto bem como somente permite o creditamento do ICMS recolhido mediante substituição tributária em hipóteses excepcionais. O que não ocorreu no caso em tela.

Irregularidade 3

A irregularidade apontada no item 3 consiste na alegada falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em notas fiscais de aquisições de mercadorias sujeitas à este regime de recolhimento, cuja retenção do imposto na origem não ocorreu.

Quanto a afirmação da Impugnante que não lhe pode ser imputada responsabilidade pelo recolhimento do ICMS há de se destacar que a responsabilidade pela substituição tributária é atribuída ao adquirente da mercadoria que a receber sem a retenção do imposto.

Arremata esse entendimento o disposto no artigo 124, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, a saber:

“Art. 124 - São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas em lei.”

Dessa forma, a Impugnante, que não comprovou o recolhimento do ICMS, fica responsável pelo pagamento da parcela do imposto devido a este Estado.

Quanto à discussão em torno do percentual de agregação de 53,30% frente ao de 51,46% para compor a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária temos que o Parecer da Auditoria Fiscal esclareceu esta questão ao afirmar que o percentual adotado pelo Fisco está correto pois este último percentual nunca entrou em vigor, tendo em vista o Decreto n.º 33.317/91 e o Protocolo n.º 14/91. Neste sentido temos que merecem ser transcrito o seguinte parágrafo do retro citado Parecer:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

<i>ESTADOS DE DESTINAÇÃO</i>	<i>PRÓPRIO ESTADO</i>	OUTROS ESTADOS DO SUL E SUDESTE, EXCETO ESPÍRITO SANTO	<i>OUTROS ESTADOS DO NORTE, NORDESTE E CENTRO OESTE, INCLUSIVE ESPÍRITO SANTO</i>
<i>ESTADO DE ORIGEM</i>		ALÍQUOTA INTERNA 17 18	ALÍQUOTA INTERNA 17 18
<i>ESTADOS DO SUL E SUDESTE, EXCETO ESPÍRITO SANTO</i>	42,85%	51,46% 53,30%	60,07% 62,02%
<i>ESTADOS DO NORDESTE E CENTRO-OESTE, INCLUSIVE ESPÍRITO SANTO</i>	42,85%	51,46% 53,30%	51,46% 53,30%

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em rejeitar as arguições de nulidade do Auto de Infração e de ilegalidade da aplicação da UFIR. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Elcio Reis. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Maria de Lourdes Pereira de Almeida.

Sala das Sessões, 14/11/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

MLR/ltmc