

Acórdão: 16.829/04/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010112786-09
Impugnante: Comercial Plurimarcas Ltda.
Proc. S. Passivo: Walker Tonello Júnior
PTA/AI: 01.000144377-81
Inscr. Estadual: 186.159595.00-47
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CERVEJA E REFRIGERANTE - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - NOTA FISCAL INIDÔNEA. Constatadas aquisições de cervejas e refrigerantes pela Impugnante, acobertadas por notas fiscais declaradas inidôneas, hipótese em que a mercadoria é considerada desacobertada, nos termos do artigo 149, inciso I, do RICMS/02, e a responsabilidade pelo pagamento do imposto passa a ser do adquirente, conforme disposto no artigo 29, § 1º, do citado Regulamento. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de utilização de documentos fiscais inidôneos, nos meses de agosto e setembro de 2003, para acobertar entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, implicando falta de recolhimento do ICMS devido pelas operações próprias e falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 32/48, aos argumentos seguintes:

- sempre pautou suas atividades pela austeridade, correção e boa-fé;
- é indevida a multa de revalidação aplicada a título de penalidade em decorrência do aproveitamento de créditos inseridos em notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas;
- à época da aquisição e aproveitamento dos créditos as notas fiscais não eram consideradas inidôneas e não havia indício algum acerca da sua irregularidade;
- o Ato Declaratório de Inidoneidade, publicado em 11 de setembro de 2003, somente possui eficácia em relação a terceiros a partir da data da sua publicação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não tem competência para fiscalizar a regularidade da empresa com que transaciona, não podendo ser penalizada pois agiu de boa-fé;
- a multa aplicada tem natureza confiscatória, sendo abusiva e desprovida de razoabilidade e proporcionalidade;
- nos termos do inciso I do §2º do artigo 155 da Constituição Federal de 1988, o direito ao crédito do ICMS pago na operação anterior não tem como condição o seu recolhimento, e sim, apenas a sua incidência/exigência;
- o valor do ICMS embutido no preço da mercadoria já foi pago ao seu fornecedor;
- se o fornecedor não recolheu o ICMS devido, não pode ser responsabilizada, além disso o artigo 128 do Código Tributário Nacional não trata da responsabilidade tributária nesse caso;
- as mercadorias adquiridas ingressaram em seu estabelecimento com a devida escrituração contábil;
- nos períodos consecutivos de agosto e setembro de 2003 os dados da empresa emitente dos documentos fiscais se encontravam em perfeita situação fiscal.

Ao final pede a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 88/96, contrariamente ao alegado pela Defesa, nos termos a seguir:

- a Impugnação foi feita sobre o direito ao creditamento de nota fiscal declarada inidônea posteriormente à ação fiscal;
- entretanto, a autuação decorreu da apuração de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, em estabelecimento atacadista, desacompanhadas de documentação fiscal, haja vista a inidoneidade das notas fiscais;
- em face do desacompanhamento foi exigido o ICMS devido pela substituição tributária e multas cabíveis;
- a Autuada possui diversas autuações fiscais não merecendo prosperar a alegação de austeridade, correção e boa-fé;
- as multas de revalidação não foram aplicadas em função do aproveitamento de créditos inseridos nas notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas, até porque não há registro de créditos no Livro de Registro de Entradas;
- o inciso I do artigo 149 do RICMS/02 considera como desacompanhada a movimentação de mercadoria com documento fiscal inidôneo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- as notas fiscais que culminaram na presente autuação foram declaradas inidôneas através de Ato Declaratório, por motivo de inexistência de fato do estabelecimento e, já restou firmado entendimento no CC/MG e na jurisprudência de que os efeitos da declaração são “ex-tunc”, tendo em vista que o fato que vicia o documento é preexistente;

- o Ato Declaratório é um ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não criando coisa nova;

- os tributos devidos são decorrentes de responsabilidade solidária pela obrigação tributária, prevista nos artigos 21 da Lei nº 6.763/75 e 152 do RICMS/02;

- uma vez constatada a infringência não cabe ao agente fiscal entrar no mérito das questões levantadas tais como razoabilidade, proporcionalidade, deve tão somente fazer o lançamento do crédito tributário sob pena de responsabilidade funcional;

- o Auto de Infração não diz respeito ao creditamento indevido do ICMS, mas se fosse o caso, para fazer jus a este crédito a Impugnante deveria comprovar o pagamento do imposto devido pelo emitente da notas fiscais, nos termos do artigo 70 do RICMS/02.

Por fim requer a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS, ICMS/ST, MR e MI em face da imputação fiscal feita de utilização de documentos fiscais inidôneos, nos meses de agosto e setembro de 2003, para acobertar entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, implicando falta de recolhimento do ICMS devido pelas operações próprias e falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Inicialmente importante esclarecer que a autuação fiscal em questão tem como base o Ato Declaratório nº 03.647-00108, de 09 de setembro de 2003, publicado no “Minas Gerais” de 11 de setembro de 2003. Referido Ato Declaratório declarou a inidoneidade dos documentos fiscais emitidos pela empresa Banes Minas Distribuidora Ltda. tendo em vista o encerramento irregular de suas atividades e, segundo a fiscalização realizada a ora Impugnante adquiriu mercadorias de mencionada empresa.

Da análise dos autos verificamos que a Impugnante foi autuada por ter promovido a entrada de mercadorias, nos meses de agosto e setembro de 2003, desacobertas de notas fiscais pois adquiriu mercadorias de empresa emitente de notas fiscais inidôneas.

Destaque-se que a Impugnação apresentada não refuta o cerne da irregularidade constatada pela fiscalização. A mesma traça alegações acerca de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

irregularidade diversa da trazida no Auto de Infração por acreditar ter sido o mesmo lavrado em função do aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacado em documentos inidôneos.

No que tange ao mérito propriamente dito da autuação, qual seja, a promoção de entradas de mercadorias desacobertas de notas fiscais, esclarecemos que não restam dúvidas quanto a irregularidade constatada pela Fiscalização em face da existência do Ato Declaratório citado acima.

Como dito, ressalte-se pela importância, a Impugnação foi feita sobre o direito ao creditamento de nota fiscal declarada inidônea posteriormente à ação fiscal. A Autuação Fiscal, entretanto, está lastreada na apuração das entradas de mercadorias, sujeitas à substituição tributária (cerveja e refrigerante), em estabelecimento atacadista, desacobertas de documentação fiscal, haja vista a inidoneidade das notas fiscais. Sendo assim, cobrou-se ICMS devido pela substituição tributária, e multas cabíveis, conforme artigo 32 do Decreto nº 43.080/2002, *in verbis*:

"Art. 32 - O valor a recolher, a título de substituição tributária, será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte substituto."

Não obstante, o fato da Defendente não ter atacado o cerne da questão objeto do lançamento destacamos que a peça de Defesa apresentada em tempo hábil provoca a análise de todo o lançamento pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais nos termos das normas regulamentares que regem a matéria. Neste diapasão, a Câmara apreciou todos os pontos do Auto de Infração, de forma que a Impugnante fique bem esclarecida acerca da decisão.

Sobre a austeridade, correção e boa-fé no trato das relações comerciais e tributárias alegada pela Impugnante, importante descrever os dados contidos na Manifestação Fiscal sobre a empresa "Max Beer".

Assim está demonstrado que a empresa "Max Beer" possuía como antigo endereço a Rod. BR 040, Km 688, Pavilhão 02, Loja 04 (CEASA), atual endereço da Impugnante, e que também tinha, dentre outros sócios, os senhores Paulo Afonso de Aguiar e Evanir Bicalho de Araújo, mesmos sócios da Comercial Plurimarcas, ora Impugnante. Observe-se ainda a extensa quantidade de autuações da extinta empresa Max Beer, que teve sua inscrição estadual bloqueada devido ao desaparecimento do contribuinte, e também a quantidade de autuações existentes da ora Defendente. Acrescente-se que os dados, referentes ao relato destacado acima, estão comprovados através de documentação anexa a esta Manifestação Fiscal.

No que diz respeito às multas de revalidação aplicadas a título de penalidade as mesmas decorrem:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- da falta de recolhimento do ICMS devido pelas operações próprias (artigo 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75)

- da falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária (artigo 56, § 2º da Lei 6763/75).

Destaque-se que tais multas não foram aplicadas a título de penalidade em decorrência do aproveitamento de créditos inseridos em notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas, até porque não há registro de créditos no LRE às fls. de nº 20 a 25.

No rodapé da consulta realizada no Cadastro Público do Estado, consta que os dados da consulta 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 ajustadas. A consulta ao Cadastro Público do Estado, apresentada pela Impugnante, não prejudica, portanto, a ação fiscal.

O artigo 149, inciso II do Decreto nº 43.080/2002, o qual regulamenta a Lei n.º 6.763/75, considera como desacoberta, para todos os efeitos, a movimentação de mercadoria com documento fiscal inidôneo. Tais notas fiscais foram declaradas inidôneas através do Ato Declaratório expedido por autoridade administrativa da SEF/MG, anexa a esta Manifestação Fiscal, por motivo de inexistência de fato do estabelecimento.

Os efeitos da declaração de inidoneidade de documentos fiscais são “ex tunc”, conforme várias decisões deste Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, baseadas na premissa de que não é o Ato que gera a inidoneidade do documento fiscal, ele apenas constata e declara um fato preexistente.

Vale ressaltar que todos os atos foram publicados em data anterior à da lavratura do Termo de Ocorrência.

Lembramos ainda o ilustre jurista Aliomar Baleeiro que assim se manifestou sobre os efeitos do ato declaratório:

“O ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas ou incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex-tunc)”. (Direito Tributário Brasileiro, 1977:459)

Portanto, os documentos declarados inidôneos, ao serem emitidos, já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade para acobertar quaisquer mercadorias como documento fiscal.

Desta forma, não há motivos para que sejam afastados a aplicação das penalidades consignadas no presente Auto de Infração, nem tampouco a incidência de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quaisquer tributos, até mesmo diante das normas relativas a responsabilidade solidária pela obrigação tributária, previstas nos artigos 21, inciso VII, da Lei n.º 6.763/75, e 152, inciso III, do Anexo IX, do RICMS/02, *in verbis*:

" Lei n.º 6.763/75

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacombertada de documento fiscal;

Decreto nº 43.080/2002

Art. 152 - a responsabilidade prevista no art. anterior (responsabilidade, na condição de substituto, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes com com cerveja - grifo nosso), é igualmente atribuída:

III - aos estabelecimentos distribuidor, depósito e atacadistas mineiros, que recebem as mercadorias para distribuição no Estado sem a retenção do imposto, observado, quanto ao prazo de pagamento, o disposto no inciso II do caput do artigo 85 deste Regulamento".

A arguição da Impugnante, de que o Ato Declaratório de Inidoneidade apenas possuiria eficácia a partir da data da publicação, também não encontra guarida nas decisões administrativas.

O ato declaratório decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, sendo providenciado nos termos do artigo 1º da Resolução nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas nos incisos I a IV do artigo 3º da referida resolução. É um ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não criando nem estabelecendo coisa nova, ou seja, tende apenas a fazer a aplicação de um fato ou afirmar a existência do que já existia (conforme Vocabulário Jurídico, de Plácido e Silva). Possui, portanto, natureza jurídica declaratória, operando efeitos "ex-tunc", retroagindo efeitos.

A Doutrina e Jurisprudência apresentadas, versando sobre a natureza confiscatória da multa, não retira a aplicação da penalidade, uma vez que a atividade administrativa de lançamento do crédito tributário está plenamente vinculada à Lei.

Ao citar o artigo 128 do Código Tributário Nacional no intuito de se isentar da responsabilidade tributária sobre o imposto devido e/ou não recolhido pela fornecedora (BANES), a Impugnante está respaldando a responsabilidade que lhe foi atribuída pela obrigação tributária ao dar entrada em mercadoria sua ou de terceiro, desacombertada de documento fiscal, conforme inciso VII do art. 21 da Lei 6763/75.

Vejamos o que diz o artigo 128 do Código Tributário Nacional:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Art. 128 - Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

O inciso VII do art. 21 da Lei nº 6.763/75 está, portanto, respaldado pelo artigo 128 do Código Tributário Nacional, ao responsabilizar a Impugnante pela obrigação tributária.

Acrescentamos que o imposto cobrado no Auto de Infração, está sendo abatido, para fins de cálculo do imposto devido por substituição tributária, conforme Quadro Demonstrativo Analítico do Crédito Tributário de fl. 11.

A anulação do presente Auto de Infração, em decorrência da declaração da inidoneidade das notas fiscais emitidas pela empresa "BANES", também não pode prosperar.

A Impugnante requer a anulação da multa de revalidação, considerando que não fez uso de documentos fiscais inidôneos à época, ou que ao menos, seja reduzida a penalidade, em atendimento ao princípio do não-confisco.

A multa aplicada sobre a utilização de notas fiscais inidôneas é dita isolada, conforme Quadro Demonstrativo Sintético do Crédito Tributário à fl. 12, não devendo ser cancelada, face a comprovação de utilização de notas fiscais inidôneas pela Impugnante.

A Impugnante requer, finalmente, o reconhecimento do direito ao crédito do ICMS, acusando a falta de fundamentação legal para seu uso.

Mais uma vez ressaltamos que a presente Peça Fiscal não retirou nenhum crédito de ICMS até porque não há registro dos créditos mencionados no Livro de Registro de Entradas, às fls. de nº 65 a 70, razão pela qual não há que se falar em reconhecimento de direito ao crédito do ICMS. O crédito ao qual faz menção, entretanto, foi considerado para cálculo do imposto devido por substituição tributária, conforme Quadro 01, à fl. 11.

Como já dito, a Impugnante em sua peça de Defesa não contesta efetivamente o mérito da presente autuação, nem traz provas capazes de combater o trabalho fiscal.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar o feito fiscal dadas as evidências e provas carreadas aos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 27/10/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ

CC/MG