

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.137/13/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000172761-85
Impugnação: 40.010133708-98
Impugnante: Isometais Ltda - EPP
IE: 186342928.00-55
Coobrigados: Júlio César Brescia Murta
CPF: 203.570.956-34
Júlio César Nogueira Murta
CPF: 027.611.136-24
Proc. S. Passivo: Thiago José Zanini Godinho/Outro(s)
Origem: DFT/Contagem

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO – ELEIÇÃO ERRÔNEA – NÃO COMPROVAÇÃO DE ENCERRAMENTO IRREGULAR. Exclusão dos sócios da Impugnante da condição de Coobrigados da obrigação tributária por não restar caracterizado o encerramento irregular do estabelecimento, nos termos do art. 3º, inciso I, da Instrução Normativa SCT n.º 01/06.

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, alínea "a", subalínea "a3" da Lei n.º 6.763/75. Como não restou comprovada a real e efetiva ocorrência da operação descrita nas notas fiscais, objeto da autuação, e não foram carreados aos autos os comprovantes de recolhimento do ICMS devido pelos emitentes dos documentos fiscais, legítimas as exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI, ambos da Lei n.º 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ENTREGA DE LIVRO/DOCUMENTO FISCAL - Constatado que a Impugnante deixou de atender à intimação do Fisco para a apresentação do livro Caixa. Ressalte-se que, nem mesmo por oportunidade da defesa foi apresentado o livro solicitado. Mantida a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea "a" da Lei n.º 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais:

1) falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS, no período de novembro de 2010, em razão de aproveitamento indevido de créditos de imposto provenientes do uso de documentos fiscais declarados ideologicamente falsos, relacionados no Anexo 1 do Auto de Infração (fls. 09/11). Exigências de ICMS 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) falta de apresentação do livro Caixa em atendimento a intimação (Anexo 10 – fls. 320/3222). Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 335/345, em síntese, aos seguintes argumentos:

- o Auto de Infração objurgado não possui condições jurídicas de subsistir, pois não cometeu as infrações apontadas;

- a Fiscalização, equivocadamente, entendeu por glosar os créditos de ICMS decorrentes da aquisição de mercadorias e, a conseqüente recomposição de conta gráfica, com fulcro em ato declaratório de falsidade/idade posterior a toda e qualquer aquisição efetuada;

- o Estado de Minas Gerais pretende, com isso, dar aplicação retroativa a ato administrativo de cunho normativo, possibilidade vedada pelos princípios constitucionais tributários e garantias ao contribuinte especificados em lei;

- cita os arts. 96, 100 e 103 do Código Tributário Nacional para sustentar que o ato administrativo que deu fundamento ao Auto de Infração - qual seja o Ato Declaratório de Falsidade/Inidoneidade, não poderia retroagir para invalidar as notas fiscais emitidas anteriormente a sua edição;

- procedeu a verificação do vendedor no Sintegra, não se constatando qualquer irregularidade;

- a conclusão fiscal, no sentido de que deveriam ser estornados os créditos aproveitados, ainda se valeu de um ato declaratório emanado de autoridade incompetente, o que levar a sua revogação;

- cita o art. 4º da Resolução n.º 4.182/10;

- de acordo com a legislação tributária mineira, a autoridade fiscal somente pode declarar a inidoneidade e/ou falsidade ideológica de notas fiscais de contribuinte estabelecido em seu território assim, no caso, a autoridade mineira não tem condições, sequer competência para fiscalizar a existência, ou não, de estabelecimento de contribuinte situado em São Paulo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- se o fato gerador do ICMS ocorre na esmagadora maioria dos casos no momento da saída da mercadoria, a lei fixou, para fins da fiscalização - e consequente declaração de falsidade ideológica de qualquer nota fiscal - o local do estabelecimento onde se encontra a mercadoria no momento de sua saída, que supostamente não existe;

- nesse sentido, caberá somente ao Estado de origem da mercadoria, ou seja, o do estabelecimento do vendedor, no caso São Paulo, a competência tributária ativa para exigir o imposto e demais obrigações acessórias, além da referida fiscalização e consequente declaração de falsidade ideológica;

- o custo das mercadorias vendidas não corresponde ao praticado e, além disso, o percentual de agregação apontado também não condiz com a realidade;

- de fato, ainda que se considere o lançamento como um procedimento administrativo, certo é que a lavratura do Auto de Infração consistirá em seu ato final;

- dentre os requisitos de validade dos atos administrativos destaca-se, por sua capital importância para a possibilidade do controle jurisdicional de sua validade, a motivação;

- quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista;

- se não há previsão legal - ou sequer competência constitucionalmente outorgada para declarar nota fiscal de contribuinte estabelecido em outro Estado da Federação - é evidente que o ato será viciado;

- analisando a descrição contida no relatório fiscal e os dispositivos contidos na legislação pertinente, invocados como violados a justificar o lançamento pelo estorno do crédito, a ausência de competência para prática do ato de declaração de falsidade importa, pois, em nulidade do lançamento, consoante abalizada doutrina;

- o destinatário, de boa-fé, que não tem conhecimento da irregularidade quanto à falsidade ou inidoneidade dos documentos fiscais no momento de seu recebimento, não pode sofrer vedação à utilização do crédito fiscal de ICMS, pois também fere o princípio constitucional que determina a não-cumulatividade do tributo, consoante estabelece o art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal;

- cada aquisição de mercadoria sujeita à incidência deste imposto gera, para seu adquirente, contribuinte desse tributo, crédito fiscal correspondente ao valor do imposto destacado na nota fiscal emitida pelo vendedor, não tendo influência, para o pleno exercício desse direito creditório, irregularidades praticadas pelo emissor desse documento fiscal, se com estas não foi conivente o destinatário da mercadoria;

- não lhe pode ser exigido o exercício do Poder de Polícia para investigar as situações fiscais dos seus fornecedores, pois esta atividade é privativa da autoridade administrativa que deve apurar as irregularidades cometidas pelos contribuintes;

- a sociedade emitente das notas fiscais irregulares tinha existência legal no período da emissão das mesmas;

- outro princípio constitucional, desta vez implícito, tem sua aplicabilidade plena - a proteção da confiança legítima;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Administração deve proteger a confiança legítima que o contribuinte mantém em escriturar nota fiscal regular no ato de sua emissão e, para tanto, deve se valer do princípio da verdade material, aplicável ao processo administrativo;

- no caso, a Administração não levou em consideração todas as informações prestadas utilizando-se em seu desfavor e em flagrante violação às normas que possibilitam ao Fisco arbitrar a base de cálculo de tributos, bem como sem levar em consideração o princípio da prevalência da verdade material sobre a verdade formal;

- apresentou, adequadamente, todas as notas fiscais, as duplicatas e elas vinculadas, além dos comprovantes de pagamento (TED de origem do Banco HSBC), devidamente contabilizados;

- a empresa emitente requereu formalmente, por cartas também datadas da emissão das duplicatas, que o pagamento fosse realizado a outra empresa de seu grupo econômico, o que fora devida e corretamente realizado, todos estes documentos anexos ao Auto de Infração;

- ante a ausência de consideração de quaisquer pagamentos realizados das duplicatas vinculadas ao documento fiscal em comento, em respeito ao princípio da verdade material, impõe-se necessário o cancelamento do Auto de Infração;

- caso esta colenda câmara entenda ser devido o ICMS na forma do Auto de Infração ora impugnado, o que se admite apenas a título de argumentação, impende esclarecer que pretende o Fisco a aplicação das multas de revalidação e isolada, cumulada com estorno de crédito desacobertas, o que acabaria por majorar em demasia o valor da autuação, restando caracterizado o caráter confiscatório da exação;

- a afronta ainda se faz notar em relação ao princípio de razoabilidade na tributação;

- a indigitada multa isolada foge daquilo que se poderia considerar necessário e suficiente para desestimular a inadimplência, sendo certo que a multa fiscal ou tributária não pode ser utilizada como técnica de arrecadação;

- o valor absoluto da multa isolada supera o próprio valor do tributo cobrado em 200% (duzentos por cento), o que denota seu flagrante caráter confiscatório;

- são exacerbados os percentuais impostos pela Fiscalização, devendo ser reduzidos a patamares razoáveis, conforme já entendido pelos Tribunais.

Ao final, requer seja acolhida sua impugnação, julgando-se improcedente o Auto de Infração e, subsidiariamente, requer seja reformado o Auto de Infração para que seja reconhecida a inadequação da aplicação da multa isolada aplicada, em vista da afronta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 436/451, refuta as alegações da Defendente, apresentando, em resumo, os seguintes argumentos:

- a alegação da Impugnante de que apresentou toda a documentação solicitada não procede, visto que não atendeu à intimação fiscal (fls. 321/322), não apresentando os livros contábeis solicitados, bem como a planilha relacionando os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comprovantes de pagamentos com as notas fiscais emitidas pela Leval Comércio de Metais Ltda.;

- pelo não atendimento à intimação, a Impugnante foi autuada com base no art. 193, incisos I, II, III do RICMS/02, sendo exigida a Multa Isolada prevista no inciso VII do art. 54 da Lei n.º 6.763/75;

- não há se falar que a multa aplicada tem efeito de confisco, haja vista que o confisco diz respeito a tributo e não a penalidade;

- em relação às penalidades aplicadas, não há o que se questionar, o feito fiscal embasou-se na legislação tributária vigente ao imputar à Impugnante as penalidades cabíveis previstas na Lei Estadual n.º 6.763/75;

- é pacífico na doutrina os efeitos "*ex tunc*" do ato declaratório de inidoneidade, pois não é o ato em si que impregna os documentos de inidoneidade ou falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões;

- o ato declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com sua publicação, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente;

- portanto, as notas fiscais declaradas falsas, desde a sua emissão, já traziam consigo vício insanável, que as tornavam inválidas para efeitos de créditos do imposto;

- não é o ato declaratório que torna o documento inidôneo, e sim a inobservância de preceitos legais quando da emissão do documento fiscal;

- o Ato Declaratório n.º 12.186.710.007408, obedeceu a Resolução n.º 4.182/10, no que tange a contribuintes de outra unidade da Federação, conforme atesta a documentação de fls. 18/36 onde o próprio Fisco do Estado de São Paulo constatou a inexistência do estabelecimento remetente desde 09 de junho de 2010;

- em relação à conclusão fiscal, para apuração do crédito tributário, o Fisco se baseou nos valores consignados nas notas fiscais declaradas ideologicamente falsas emitidas pela Leval Comércio de Metais Ltda e devidamente escrituradas no Registro de Entradas da Impugnante, para o cálculo da multa isolada, bem como procedendo à Recomposição da Conta Gráfica para a apuração do ICMS e da multa de revalidação;

- cita o art. 155 da Constituição Federal e a Lei Complementar n.º 87/96 para discutir a interpretação do verbo "cobrado" e a aplicação do princípio da não cumulatividade;

- as afirmativas da Autuada quanto à existência da operação mercantil não podem prosperar devido à falta de documentação comprobatória;

- o simples fato da irregularidade da documentação é suficiente para que o crédito não possa ser compensado, pois a legislação é cristalina ao condicionar o aproveitamento do imposto do crédito à idoneidade do documento, conforme arts. 23 da Lei Complementar n.º 87/96, 30 da Lei n.º 6.763/75 e 70, inciso V do RICMS/02;

- a teor do art. 70, inciso V do RICMS/02, somente a prova de que o imposto devido pelos emitentes das notas fiscais falsas foi integralmente pago, poderia garantir à Autuada o direito de creditamento do imposto e estas provas não existem;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- houve um equívoco pela impugnante na interpretação de doutrinas e jurisprudências em relação a notas fiscais falsas ou inidôneas, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o assunto no sentido que o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela inidoneidade de notas fiscais emitidas pela empresa vendedora, porém nesse caso, é possível o aproveitamento de crédito de ICMS relativo às referidas notas fiscais, desde que o contribuinte demonstre, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, portanto, o ônus da prova, não se podendo transferir ao Fisco tal encargo;

- não se trata de atribuir à Autuada o pagamento do imposto devido pelo seu fornecedor, trata-se de não permitir o aproveitamento ilícito de crédito de ICMS, oriundos de notas fiscais de entrada inidôneas utilizadas somente na escrita fiscal da Impugnante com o intuito de diminuir o seu saldo do imposto a pagar, sem o correspondente ingresso de mercadorias em seu estabelecimento;

- as provas documentais carreadas aos autos não corroboram a dita boa fé da Impugnante;

- as duplicatas apresentadas não trazem o aceite do sacado, contrariando a Lei n.º 5.474/68;

- as duplicatas não poderiam ser negociadas com terceiros (aquisição de crédito) na modalidade ao portador, pois infringiriam o art. 19 da Lei n.º 8.088/90, nos termos da qual as duplicatas deveriam ser endossadas em preto (nominativa);

- todos os comprovantes apresentados tem como destinatário a empresa Soho & Brighton Metals Ltda, a qual não guarda vínculo com as operações mercantis, tendo em vista às irregularidades da documentação anexada;

- não foi apresentado nenhum comprovante de pagamento para Level Comércio de Metais Ltda;

- as cópias de transferências bancárias para a Soho & Brighton Metals Ltda. não guardam relação de datas e valores do vencimento das duplicatas e, grande parte dos comprovantes trata-se de cópias word, outras de TED a serem confirmados, tornando-os sujeitos a manipulações, e imprestáveis como prova;

- tendo em vista que a Soho & Brighton Metals Ltda. era a principal fornecedora da Impugnante, em valores que superam o montante em questão, as transferências podem ter origem em outras operações que não as autuadas;

- em virtude da não apresentação do livro Caixa, não foi possível verificar se os lançamentos, referentes às alegadas operações foram feitos, e a que título, na escrita contábil da Impugnante, relativamente aos valores consignados nas referidas transferências bancárias.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 459/474, opina pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual formaliza as exigências relativas às seguintes imputações fiscais:

- falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do imposto, no período de novembro de 2010 e de janeiro a junho de 2011, conforme recomposição da conta gráfica, em razão de aproveitamento indevido de créditos de imposto provenientes do uso de documentos fiscais declarados ideologicamente falsos, relacionados no Anexo 1 (fls. 09/11), de emissão de Leval Comércio de Metais Ltda, CNPJ: 12060.735/0001-90, conforme Ato Declaratório de Falsidade/Inidoneidade n.º 12.186710007408, publicado no Diário Oficial do Estado em 14 de dezembro de 2011. Exigências de ICMS 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;

- falta de apresentação do livro Caixa em atendimento a intimação (Anexo 10 – fls. 320/322). Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75.

Consta do Auto de Infração que os comprovantes e avisos de transferências bancárias a favor da empresa Soho & Brighton Metals Ltda, não foram considerados, pois não guardavam vínculo direto, entre o suposto remetente e a ora Impugnante, bem como entre as datas e valores das operações descritas nas notas fiscais objeto da autuação, além de não terem sido comprovados os lançamentos na escrita contábil.

Importante destacar que, em 02 de dezembro de 2012, foi lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) n.º 10.000000994.20 (fl. 02), que deu ensejo à auditoria fiscal no estabelecimento da Impugnante, tendo como objetivo verificar o adequado cumprimento de suas obrigações principais e acessórias. Por este documento foi solicitada a Impugnante a apresentação de notas fiscais de entrada emitidas pela empresa Leval Comércio de Metais, registro de entrada, comprovantes de pagamentos efetuados referentes às citadas notas fiscais e comprovantes de que o ICMS destacado em tais notas fiscais foi efetivamente pago, todos relativos ao período de junho de 2010 a julho de 2011.

Das Prefaciais arguidas

A Impugnante alega, às fls. 337/339, que o Auto de Infração não possui as condições jurídicas para subsistir, uma vez que o ato declaratório não pode retroagir para invalidar as notas fiscais emitidas anteriormente a sua edição e que fora emanado por autoridade incompetente já que a autoridade fiscal só poderia declarar a idoneidade ou falsidade de notas fiscais de contribuintes estabelecidos em seu território, não tendo o Fisco mineiro competência para fiscalizar a existência ou não de estabelecimento de contribuinte situado em São Paulo e que, por tudo isso, o lançamento seria nulo.

O Auto de Infração, como ato administrativo que é, está sujeito a regime jurídico de direito público e, portanto, deve observar a exigência dos pressupostos de validade dos atos administrativos, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, deve ser ressaltado que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que, efetivamente, é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei n.º 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO III

DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

.....
II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;
.....

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

.....”

Pela leitura dos dispositivos normativos acima transcritos e, o confronto das regras neles dispostas com os fatos e fundamentos que nortearam a lavratura do presente Auto de Infração, não restou configurada a alegada nulidade da

presente autuação, uma vez restar demonstrado que essa condiz com a realidade dos fatos, descreve, correta e claramente, a conduta da Impugnante tida como infracional e, promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, assegurado o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, o relatório do Auto de Infração, complementado que foi pelo Relatório Fiscal e demais demonstrativos explicativos do lançamento regularmente enviados à Impugnante, identificam plenamente todos os requisitos do ato administrativo previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional. São eles: o sujeito passivo, a matéria tributável, a base de cálculo do imposto, o valor do imposto devido, os dispositivos legais que foram infringidos e as respectivas penalidades cabíveis.

Com relação à retroatividade do ato declaratório, importa observar que esta é uma questão de mérito e também será assim analisada. Contudo, nesse momento deixa-se consignado que o ato declaratório apenas atesta uma situação que não é nova, não nascendo essa com sua publicação no Diário Oficial do Estado, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

Acerca da hipótese aventada pela Impugnante de que o ato declaratório foi emanado por autoridade incompetente, vê-se que, pelo que consta dos autos (fls. 18/36), o Fisco mineiro solicitou diligências ao Fisco paulista tendo este verificado à inexistência do estabelecimento do remetente desde 09 de junho de 2010.

A publicação do ato declaratório de falsidade consta da fl. 19 e tem como fundamento: "*Motivo: Documento fiscal autorizado, emitido por contribuinte inscrito, porém sem estabelecimento*".

Ademais, o Ato Declaratório n.º 12.186.710.007408, obedeceu às determinações expressas na Resolução n.º 4.182/10, citada pela própria Impugnante, no que tange a contribuintes de outra Unidade da Federação, conforme atestam os documentos de fls. 18 a 36, *in verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 4.182, DE 20 DE JANEIRO DE 2010

Dispõe sobre ato declaratório, Auto de Constatação e outros procedimentos relativos a documento fiscal inidôneo ou falso, e seus efeitos.

Art. 3º Compete à Superintendência de Fiscalização (SUFIS):

I - a orientação e a coordenação das diligências necessárias à lavratura de Auto de Constatação previsto no art. 134-B do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto n.º 43.080, de 13 de dezembro de 2002, bem como o encaminhamento para publicação, se for o caso;

II - a análise e o encaminhamento para publicação se for o caso, das declarações e dos atos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

declaratórios de inidoneidade e falsidade emitidos pelo Fisco de outra unidade da Federação.

.....
Art. 6º Não poderá ser lançado como crédito de ICMS o valor constante de documento fiscal inidôneo, falso ou ideologicamente falso.

Parágrafo único. Considera-se ideologicamente falso para fins de estorno de crédito o documento de contribuinte cuja comprovação de inexistência de estabelecimento tenha sido constatada por meio de lavratura de Auto de Constatação.

Art. 7º A irregularidade passível de estorno de crédito de ICMS, nos termos do Regulamento do RICMS, apurada conforme esta Resolução, será publicada no Órgão Oficial do Estado.

§ 1º Qualquer contribuinte interessado poderá recorrer contra os fundamentos que embasaram o ato administrativo, no prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação, apresentando:

- I - petição dirigida à autoridade que o expediu; e
- II - prova inequívoca da inexistência dos pressupostos previstos na legislação tributária.

§ 2º Reconhecida a procedência das alegações, a autoridade competente retificará ou cancelará o ato e:

- I - comunicará, ao requerente, mediante Aviso de Recebimento (AR), a respectiva decisão;
- II - na hipótese de retificação parcial ou cancelamento, determinará publicação na forma prevista no caput deste artigo.

Art. 8º O estorno do crédito de ICMS por meio de ação fiscal está condicionado à prévia publicação dos atos mencionados nos arts. 2º e 3º.

Pelo exposto, rejeitam-se as prefaciais arguidas, passando-se à análise do mérito.

Do Mérito

Da Sujeição Passiva

Conforme fl. 03 do PTA, os sócios foram inclusos no polo passivo da autuação.

Contudo, de pronto se destaca que não há no Auto de Infração qualquer fundamentação para a oposição dos sócios no polo passivo.

No Relatório Fiscal consta (fl. 07) que a sujeição passiva está fundada nos art. 14 e 15, inciso I da Lei n.º 6.763/75 que assim determinam:

CAPÍTULO VI Dos Contribuintes e Responsáveis

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SEÇÃO I Dos Contribuintes

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação definidas como fato gerador do imposto.

§ 2º Os requisitos de habitualidade ou de volume que caracterize intuito comercial não se aplicam às hipóteses previstas nos itens 3 a 5 e 9 do § 1º do art. 5º.

Art. 15. Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

I - o importador, o arrematante ou adquirente, o produtor, o extrator, o industrial e o comerciante;

Já a responsabilidade tributária do sócio administrador estaria atrelada às disposições do inciso II do § 2º e ao inciso VII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, a saber:

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, desacobertada de documento fiscal;

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Cabe frisar que o inciso II do art. 21, acima transcrito, não se refere a sócios da empresa, mas a contribuintes do imposto.

Já em relação ao inciso II do § 2º do mesmo artigo, para sua aplicação é necessário que o Fisco apresente provas e elementos a demonstrar que as pessoas por ele apostas no polo passivo praticaram atos com “*excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto*” e, essas provas não foram carreadas aos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entende-se que a melhor doutrina é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios gerentes e diretores respondem pela obrigação tributária quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social, estatutos forem prévios ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária (que se dá pela realização do fato gerador).

Veja-se que a Instrução Normativa SCT n.º 001, de 03 de fevereiro de 2006, norma estadual, trata da inclusão de sócio da empresa como Coobrigado apenas nos casos de encerramento irregular de atividades e não em casos de bloqueio:

CAPÍTULO II

FORMALIZAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE CONTRIBUINTE CUJAS ATIVIDADES FORAM ENCERRADAS IRREGULARMENTE

Art.3º A formalização de crédito tributário, mediante Auto de Infração (AI) e Notificação de Lançamento (NL), de responsabilidade de contribuinte que desapareceu ou não mais exerce suas atividades no endereço por ele indicado, será antecedida do cancelamento da inscrição estadual respectiva, de acordo com a norma prevista no art. 108, alíneas "b" e "c" do inciso II do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, na forma do § 3º do referido artigo, observando-se, ainda, o seguinte:

I - os sócios-gerentes, diretores ou administradores serão identificados no AI ou na NL na condição de coobrigados pelo crédito tributário;

II - cópias dos documentos de cancelamento da inscrição estadual deverão ser autuadas ao PTA.

(grifos não constam do original)

No caso dos autos não está comprovado o encerramento irregular das atividades da Impugnante. Ao contrário, não se tem qualquer discussão no sentido de que a Impugnante não esteja funcionando normalmente. Nessa hipótese, não devem ser apostos os sócios como Coobrigados ao crédito tributário.

Portanto, entende-se incorreta a responsabilização tributária dos sócios, Sr. Júlio Cesar Bresser Murta e Sr. Júlio Cesar Nogueira Murta devendo seus nomes serem excluídos do Auto de Infração.

Aproveitamento de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas ideologicamente falsas

Como já relatado, a autuação versa sobre a imputação fiscal de aproveitamento indevido de créditos de imposto destacado em notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, conforme Ato Declaratório n.º 12.1867100074-08, publicado no Diário Oficial do Estado – “Minas Gerais” do dia 14 de dezembro de 2011 (fl. 19), nos termos do art. 39, § 4º, inciso II da Lei n.º 6.763/75, que assim determina:

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

.....
§ 4º - Na forma que dispuser o regulamento, para efeito da legislação tributária, fazendo prova somente a favor do Fisco, considera-se:

.....
II - ideologicamente falso:
.....

Toda a documentação relativa à declaração de falsidade ideológica das notas fiscais consta das fls. 17/36.

Frise-se que as notas fiscais foram escrituradas pela Impugnante conforme cópias do livro de Registro de Entrada (fls. 108/151), relação de notas fiscais (fls. 10/11) e cópias dos Danfes (fls. 38/106).

Já a recomposição da conta gráfica da Impugnante consta da fl. 15.

A Impugnante argumenta que o aproveitamento do crédito é legítimo e legal, em observância ao princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal.

No entanto, o estorno dos créditos de ICMS provenientes de documentos fiscais falsos está pautado no princípio da não cumulatividade previsto na Constituição Federal, na Lei Complementar n.º 87/96 e na legislação tributária mineira à qual o Conselho de Contribuintes encontra-se adstrito em seu julgamento.

Diz o art. 155, inciso II, § 2º da Constituição da República:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
.....

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;
.....

Assim, já no texto constitucional, existem dois pressupostos básicos para o cumprimento do princípio da não cumulatividade, quais sejam, deve haver efetivamente uma operação anterior e deve ter sido cobrado o imposto nesta operação.

Portanto, para que se proceda ao creditamento do imposto deve ficar provada a existência de uma operação anterior, o que não restou demonstrado nestes autos e, que o imposto foi cobrado nesta operação. Como a Impugnante não alcançou demonstrar que tenha havido uma operação anterior, ou mesmo que pagou ao pretense remetente pelas mercadorias adquiridas, não estão atendidos os pressupostos para justificar o creditamento do ICMS como por ela efetivado.

Frise-se que o lançamento em questão refere-se à constatação de recolhimento a menor do ICMS, proveniente de aproveitamento indevido de créditos do imposto, relativos a notas fiscais que foram declaradas ideologicamente falsas.

Acrescente-se que o princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS, está descrito no próprio texto constitucional, como visto acima. Entretanto, o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “c” da Carta Magna de 1988, estabelece que caberá a lei complementar “disciplinar o regime de compensação do imposto”.

Atendendo a esta premissa da Constituição Federal, encontra-se o art. 23 da Lei Complementar n.º 87/96, que preceitua:

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Esta norma insculpida na lei complementar encontra-se reproduzida no já citado art. 30 da Lei n.º 6.763/75, que dispõe:

Art. 30 - O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação.

Verifica-se assim, que o lançamento, ora analisado, encontra-se amparado no art. 23 da Lei Complementar n.º 87/96 e no art. 30 da Lei n.º 6.763/75.

O estorno do crédito, diante de todo o conteúdo do presente processo, foi devidamente realizado, tendo em vista que a Impugnante, em tempo algum comprovou que os impostos foram pagos na origem ou que tenha feito o correto pagamento das operações mercantis.

A doutrina e a jurisprudência tem se pautado para o direito ao aproveitamento dos créditos, na comprovação, de forma inequívoca, do pagamento das transações comerciais.

Para aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais consideradas ideologicamente falsas pelo Fisco, é necessário que o contribuinte demonstre que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, pois, o ônus da prova.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lembre-se que a publicação posterior da declaração de inidoneidade de quem emitiu documento ideologicamente falso não exonera o contribuinte que aproveitou o crédito de provar-lhe a autenticidade.

Torna-se importante esclarecer que o comerciante de “boa-fé”, acreditando na aparência da nota fiscal não ficará prejudicado por isso, porque poderá excluir sua responsabilidade demonstrando que as notas fiscais representam a verdadeira compra e venda das mercadorias.

Não é o caso dos autos, pois a Impugnante não alcançou comprovar cabalmente a realização das operações.

Também não foi demonstrado que o ICMS foi recolhido pelo contribuinte emitente dos documentos declarados ideologicamente falsos ou que tenha havido o efetivo pagamento das operações, o que, se provado, assegura que o valor do imposto foi incluído no preço da mercadoria pago pelo destinatário e determina a legitimidade dos créditos destacados.

Nesse sentido, dispõe o art. 70, inciso V do 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;

Importante repetir que não foram juntados aos autos quaisquer comprovantes do recolhimento do imposto pelo remetente das mercadorias, prova concludente de que o imposto correspondente teria sido integralmente pago.

Ademais, a Impugnante não comprova a efetividade das operações.

A Impugnante entende que não pode ser considerado incorreto o uso do crédito do imposto destacado nos documentos fiscais, uma vez que as transações foram firmadas antes da publicação dos atos de falsidade das notas fiscais autuadas.

Entretanto, no que tange ao estorno de créditos, consubstanciado pela declaração de que os documentos fiscais relacionados são ideologicamente falsos, relembra-se que o ato declaratório foi publicado em data anterior ao início da ação fiscal.

A expedição de um ato declaratório é precedida de diligências especialmente efetuadas para a verificação e comprovação de qualquer uma das situações irregulares elencadas no RICMS/02. Ampla divulgação é dada aos atos expedidos pela Autoridade Fazendária, mediante a sua publicação no Diário Oficial, constando os motivos que ensejaram a declaração de falsidade dos respectivos documentos.

É pacífico, na doutrina, o efeito *ex tunc* dos atos declaratórios, pois não é o ato em si que impregna os documentos de falsidade, uma vez que os vícios os acompanham desde suas emissões.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o ato declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação preexistente, não cria nem estabelece coisa nova.

Segundo ensina Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, 11ª ed., Editora Forense, p. 782):

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

Portanto, o ato declaratório é de natureza declaratória e não normativa. A publicação do ato no Diário Oficial do Estado visa apenas tornar público o que já existia.

Cumprе salientar que não há qualquer dúvida quanto à caracterização dos documentos fiscais como ideologicamente falsos. O ato declaratório, além de configurar formalmente a irregularidade, descreve a situação que ensejou a declaração, demonstrando de maneira inequívoca ser os documentos fiscais, materialmente, inábeis para legitimar o aproveitamento de créditos.

Ademais, não houve contestação dos atos de falsidade relacionados no presente lançamento, nos termos do art. 134-A do RICMS/02, como se segue:

Art. 134-A - Declarada a falsidade de documento fiscal, qualquer contribuinte interessado poderá recorrer dos fundamentos do ato administrativo, no prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação do ato declaratório, apresentando:

.....
Ressalte-se, ainda, as disposições contidas no art. 135 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 135 - Os documentos falsos, ideologicamente falsos ou inidôneos fazem prova apenas a favor do Fisco.

Parágrafo único - Constatada a falsidade ou a inidoneidade de documento fiscal, nos termos dos artigos anteriores, a ação fiscal independe de ato declaratório prévio que o tenha considerado falso ou inidôneo.

Conforme apontado pelo Fisco, as duplicatas apresentadas (fls. 204/266), as quais não têm aceite, nem endosso em preto (nominativo), não poderiam ser negociadas com terceiros na modalidade ao portador.

A Autuada argumenta que a emitente das notas fiscais a solicitou que o pagamento fosse feito à outra empresa de seu grupo econômico - Soho & Brighton, conforme documentos às fls. 268/299.

Contudo, as cópias das transferências bancárias (fls. 302/319) para a Soho & Brighton Metals Ltda não guardam relação de datas de vencimentos e valores, com os das duplicatas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, as supostas solicitações para que fosse feito o pagamento à empresa Soho & Brighton (fls. 268/299) não abrangem a totalidade das notas fiscais relacionadas na planilha às fls. 10/11.

A Impugnante sustenta que adquiriu de boa-fé as mercadorias constantes das notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, objeto do lançamento.

Traz decisões judiciais as quais abordam a citada boa-fé alegada.

Contudo, cabe ressaltar que as decisões do Superior Tribunal de Justiça que contemplam a boa-fé dos adquirentes de mercadorias acobertadas por documentos fiscais falsos exigem desses adquirentes, no mínimo, que comprovem a efetividade das operações, inclusive com a comprovação do pagamento das mesmas.

No entanto, os documentos carreados aos autos pela Impugnante não comprovam o pagamento das operações, e, além disso, não foi apresentado o livro Caixa, solicitado por meio de intimação.

A propósito, oportuno trazer a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, destacando-se as seguintes decisões:

RECURSO ESPECIAL Nº 556.850 - MG (2003/0129259-4)

EMENTA

PROCESSUAL - TRIBUTÁRIO - REEXAME DE PROVA - VEDAÇÃO PELA SÚMULA 7/STJ - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - CRÉDITO DE ICMS - NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO - DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO COMERCIAL - ÔNUS PROBANDI DO CONTRIBUINTE.

.....
4. A JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA É NO SENTIDO DE QUE, PARA APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS RELATIVO A NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO, É NECESSÁRIO QUE O CONTRIBUINTE DEMONSTRE PELOS REGISTROS CONTÁBEIS QUE A OPERAÇÃO COMERCIAL EFETIVAMENTE SE REALIZOU, INCUMBINDO-LHE, POIS, O ÔNUS DA PROVA, NÃO SE PODENDO TRANSFERIR AO FISCO TAL ENCARGO. PRECEDENTES. (SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 19-04-05, E PUBLICADO EM 23-05-05).

RECURSO ESPECIAL Nº 89.706 - SP (2003/0129259-4)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS RESULTANTES DE NOTA FISCAL. DECLARAÇÃO SUPERVENIENTE DA INIDONEIDADE DE QUEM A EMITIU.

VERIFICADO QUE O CONTRIBUINTE APROVEITOU CRÉDITO DECORRENTE DE NOTA FISCAL EMITIDA POR QUEM ESTAVA EM SITUAÇÃO IRREGULAR (AINDA QUE SÓ DECLARADA POSTERIORMENTE), O RESPECTIVO MONTANTE SÓ É Oponível AO FISCO SE DEMONSTRADO, PELOS REGISTROS CONTÁBEIS, QUE A OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA REALMENTE ACONTECEU.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...) (SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 24.03.1998, E PUBLICADO EM 06.04.1998).

(EXCERTO DO VOTO CONDUTOR DO EM. MINISTRO ARI PARGENDLER – RELATOR):

NO SISTEMA DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, A NOTA FISCAL VALE, ENTRE CONTRIBUINTES, COMO UM TÍTULO DE CRÉDITO CONTRA A FAZENDA DO ESTADO.

TRATA-SE, TODAVIA, DE UM TÍTULO DE CRÉDITO QUE SÓ SUBSISTE ENQUANTO NÃO FOR CONTESTADO.

VERIFICADO QUE O CONTRIBUINTE APROVEITOU CRÉDITO DECORRENTE DE NOTA FISCAL EMITIDA POR QUEM ESTAVA EM SITUAÇÃO IRREGULAR (AINDA QUE SÓ DECLARADA POSTERIORMENTE), O RESPECTIVO MONTANTE SÓ É OPOSTIVO AO FISCO SE DEMONSTRADO, PELOS REGISTROS CONTÁBEIS, QUE A OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA REALMENTE ACONTECEU.

A PUBLICAÇÃO, POSTERIOR, DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE QUEM EMITIU A NOTA FISCAL NÃO EXONERA O CONTRIBUINTE QUE APROVEITOU O CRÉDITO DE PROVAR-LHE A AUTENTICIDADE.

DE OUTRO MODO, SERIA A CONVALIDAÇÃO DAS FRAUDES QUE, EVIDENTEMENTE, SÓ SÃO APURADAS DEPOIS DE PRATICADAS - COM O SEGUINTE EFEITO: A FAZENDA PÚBLICA SUPOSTARIA OS PREJUÍZOS DAS FRAUDES ENQUANTO NÃO DECLARASSE A INIDONEIDADE DOS CONTRIBUINTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR.

O COMERCIANTE QUE, DE BOA FÉ, ACREDITOU NA APARÊNCIA DA NOTA FISCAL NÃO FICA PREJUDICADO POR ISSO, PORQUE EXCLUIRÁ SUA RESPONSABILIDADE TÃO LOGO DEMONSTRE PELOS REGISTROS CONTÁBEIS QUE A NOTA FISCAL É REPRESENTATIVA DE VERDADEIRA COMPRA E VENDA. (GRIFOU-SE.)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em sede de recurso repetitivo, pacificando assim o entendimento sobre a matéria, no sentido de que realmente o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela falsidade de notas fiscais emitidas pelos fornecedores, sendo possível o aproveitamento dos créditos, cabendo-lhe, porém, demonstrar a efetiva realização das operações, o que não ocorreu no presente caso:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.148.444 - MG (2009/0014382-6)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. O COMERCIANTE DE BOA-FÉ QUE ADQUIRE MERCADORIA, CUJA NOTA FISCAL (EMITIDA PELA EMPRESA VENDEDORA) POSTERIORMENTE SEJA DECLARADA INIDÔNEA, PODE ENGENDRAR O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DO ICMS PELO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE, UMA VEZ DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA EFETUADA, PORQUANTO O ATO DECLARATÓRIO DA INIDONEIDADE SOMENTE PRODUZ EFEITOS A PARTIR DE SUA PUBLICAÇÃO (PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO: EDCL NOS EDCL NO RESP 623.335/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 11.03.2008, DJE 10.04.2008; RESP 737.135/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 14.08.2007, DJ 23.08.2007; RESP 623.335/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 07.08.2007, DJ 10.09.2007; RESP 246.134/MG, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 06.12.2005, DJ 13.03.2006; RESP 556.850/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 19.04.2005, DJ 23.05.2005; RESP 176.270/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 27.03.2001, DJ 04.06.2001; RESP 112.313/SP, REL. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 16.11.1999, DJ 17.12.1999; RESP 196.581/MG, REL. MINISTRO GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04.03.1999, DJ 03.05.1999; E RESP 89.706/SP, REL. MINISTRO ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 24.03.1998, DJ 06.04.1998).

2. A RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ RESIDE NA EXIGÊNCIA, NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, DA DOCUMENTAÇÃO PERTINENTE À ASSUNÇÃO DA REGULARIDADE DO ALIENANTE, CUJA VERIFICAÇÃO DE IDONEIDADE INCUMBE AO FISCO, RAZÃO PELA QUAL NÃO INCIDE, À ESPÉCIE, O ARTIGO 136, DO CTN, SEGUNDO O QUAL "SALVO DISPOSIÇÃO DE LEI EM CONTRÁRIO, A RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÕES DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INDEPENDE DA INTENÇÃO DO AGENTE OU DO RESPONSÁVEL E DA EFETIVIDADE, NATUREZA E EXTENSÃO DOS EFEITOS DO ATO" (NORMA APLICÁVEL, IN CASU, AO ALIENANTE).

3. IN CASU, O TRIBUNAL DE ORIGEM CONSIGNOU QUE: "(...)OS DEMAIS ATOS DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE FORAM PUBLICADOS APÓS A REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES (F. 272/282), SENDO QUE AS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS TÊM APARÊNCIA DE REGULARIDADE, HAVENDO O DESTAQUE DO ICMS DEVIDO, TENDO SIDO ESCRITURADAS NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS (F. 35/162). NO QUE TOCA À PROVA DO PAGAMENTO, HÁ, NOS AUTOS, COMPROVANTES DE PAGAMENTO ÀS EMPRESAS CUJAS NOTAS FISCAIS FORAM DECLARADAS INIDÔNEAS (F. 163, 182, 183, 191, 204), SENDO A MATERIAL (SIC) INCONTROVERSA, COMO ADMITE O FISCO E ENTENDE O CONSELHO DE CONTRIBUINTES ." (GRIFOU-SE.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

4. A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE EM RELAÇÃO ÀS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS APÓS A CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO (O QUAL FORA EFETIVAMENTE REALIZADO), UMA VEZ CARACTERIZADA, LEGÍTIMA O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE ICMS.

5. O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ NÃO INCIDE À ESPÉCIE, UMA VEZ QUE A INSURGÊNCIA ESPECIAL FAZENDÁRIA RESIDE NA TESE DE QUE O RECONHECIMENTO, NA SEARA ADMINISTRATIVA, DA INIDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS OPERA EFEITOS EX TUNC, O QUE AFASTARIA A BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE, MÁXIME TENDO EM VISTA O TEOR DO ARTIGO 136, DO CTN.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO REGIME DO ARTIGO 543-C, DO CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008.

No caso em tela, a Impugnante, embora tenha sido intimada a apresentar os documentos comprobatórios da efetividade das operações (fls. 321/322), o que poderia demonstrar sua boa-fé, não logrou êxito em fazê-lo.

As consultas feitas pela Impugnante no Sintegra, não são capazes de comprovar a regularidade das empresas emitentes dos documentos fiscais declarados ideologicamente falsos. A própria consulta do Sintegra traz a seguinte informação: "*os dados acima 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*".

Portanto, correta a imputação fiscal.

Falta de apresentação dos livros Caixa solicitados por meio de intimação

Neste caso, dada a falta de atendimento à intimação do Fisco está sendo exigida a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea "a" da Lei n.º 6.763/75, nos seguintes termos:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação;

.....

À fl. 321 está a intimação lavrada em 08 de outubro de 2012.

A infração é objetiva, sendo que a Impugnante não apresentou os documentos solicitados nem mesmo junto à sua peça de defesa.

Assim, não tendo a Impugnante atendido à intimação do Fisco, entende-se correta a imputação fiscal.

Da aplicação das multas

Embora a Impugnante alegue que as multas aplicadas afrontam os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco, as penalidades estão previstas em lei.

Com relação ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS, está sendo exigida a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXI da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....
XXXI - por emitir ou utilizar documento fiscal falso ou ideologicamente falso - 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação ou da operação, cumulado com estorno de crédito na hipótese de sua utilização, salvo, nesse caso, prova concludente de que o imposto correspondente tenha sido integralmente pago;
.....

Às fls. 10/11 e 38/106 estão, respectivamente, a relação das notas fiscais e os Danfes.

Já no que se refere à falta de atendimento à intimação, exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea "a" da n.º Lei 6.763/75.

O cálculo das penalidades e sua fundamentação estão explicitados no Auto de Infração e Relatório Fiscal (fls. 03/08).

Também não se verifica aqui a arguição de confisco na atual cobrança, porquanto o presente Auto de Infração foi lavrado observando o estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais encontra-se o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir os Coobrigados. Vencido, em parte, o Conselheiro José Luiz Drumond (Revisor), que o julgava procedente. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis e Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 10 de setembro de 2013.

José Luiz Drumond
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.137/13/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000172761-85
Impugnação: 40.010133708-98
Impugnante: Isometais Ltda - EPP
IE: 186342928.00-55
Coobrigados: Júlio César Brescia Murta
CPF: 203.570.956-34
Júlio César Nogueira Murta
CPF: 027.611.136-24
Proc. S. Passivo: Thiago José Zanini Godinho/Outro(s)
Origem: DFT/Contagem

Voto proferido pelo Conselheiro José Luiz Drumond, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão diz respeito apenas a questão dos Coobrigados arrolados pela Fiscalização no polo passivo da obrigação tributária, que foram excluídos pelos votos majoritários.

A imputação fiscal é de aproveitamento indevido de créditos do ICMS destacados em diversas notas fiscais emitidas pela empresa paulista Leval Comércio de Metais Ltda, que foram declaradas ideologicamente falsas por ter sido constatado pelo Fisco paulista que a empresa emitente tinha obtido a inscrição estadual, mas não possuía estabelecimento.

O Fisco arrolou os 02 (dois) sócios da empresa atuada destinatária das notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, com base no que dispõe o art. 135, inciso III do CTN, c/c inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(...)

Lei nº 6.763/75

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Cabe ressaltar que, conforme documento de constituição da Impugnante (Contrato Social) às fls. 325 dos autos, a administração da sociedade compete a todos os sócios.

A participação dos responsáveis pela empresa na ilicitude, ou seja, na obtenção das notas fiscais com o destaque do ICMS, fica evidente em uma simples análise das cópias dos documentos fiscais constantes nos autos, fls. 38/106, em que se percebe que não há em nenhuma nota fiscal a aposição de carimbos da Fiscalização dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais. Fato que seria plenamente normal, já que há na fronteira entre os dois Estados, situados nas principais rodovias de interligação, Postos de Fiscalização e, por ser o produto "sucata de alumínio" transportado em veículos de transporte de cargas.

Dessa forma, nos termos do que dispõe a legislação retrocitada, os responsáveis pela empresa, arrolados pela Fiscalização no polo passivo da obrigação tributária como Coobrigados, devem responder pelo crédito tributário constante no Auto de Infração.

Assim, entende-se correta a responsabilização tributária dos sócios, Sr. Júlio Cesar Bresser Murta e Sr. Júlio Cesar Nogueira Murta.

Sala das Sessões, 10 de setembro de 2013.

**José Luiz Drumond
Conselheiro**