

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.450/14/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000197397-27
Impugnação: 40.010134611-41, 40.010134864-97 (Coob.), 40.010134612-22 (Coob.)
Impugnante: Minasmix Atacado Distribuidor Ltda
IE: 338724294.01-56
Daniel Angelo de Lima (Coob.)
CPF: 450.853.826-68
Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda (Coob.)
IE: 001505339.00-10
Proc. S. Passivo: Thiago Dantas Cunha, Matheus Lara Nogueira de Menezes/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – COOBRIGADO – MANUTENÇÃO. Legítima a manutenção dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária. Fundamentação: sucessora- art. 135, inciso I do CTN; sócio-gerente e administrador - art. 135, inciso III do CTN, c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA - DOCUMENTO FISCAL FALSO/IDEOLOGICAMENTE FALSO. Constatado, mediante conferência de livros e documentos, que a Autuada adquiriu mercadorias sujeitas à substituição tributária, acobertadas por notas fiscais declaradas ideologicamente falsas nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.5” da Lei nº 6.763/75. Exige-se ICMS/ST, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXI da Lei nº 6.763/75. Entretanto, excluem-se as exigências relativas às notas fiscais da fornecedora Mil Mix Distribuidora de Alimentos Ltda e da Comercial e Distribuidora Itaipu Ltda, que não se encontram dentro do período consignado nos respectivos atos de declaração de falsidade/inidoneidade.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL IDEOLOGICAMENTE FALSO - Constatado, mediante verificação fiscal analítica, aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de notas fiscais declaradas ideologicamente falsas nos termos do art. 39, § 4º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Como não restou comprovada a real e efetiva ocorrência da operação descrita nas notas fiscais, objeto da autuação, e não foram carreados, aos autos, 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 nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Constatou-se o aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de documentos fiscais referentes a aquisições de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, destinados à comercialização. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, todos da Lei nº 67.63/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST E OU RECOLHIMENTO A MENOR - DIVERSAS MERCADORIAS. Constatado que a Autuada adquiriu mercadorias, listadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, sujeitas à substituição tributária, sem recolhimento do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais. Irregularidade comprovada nos autos e não contestada pelos Impugnantes. Legítimas as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação em dobro revista no art. 56, inciso II e § 2º da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS e ICMS ST, no período de 01/07/08 a 31/12/11, em decorrência das seguintes irregularidades:

- aquisição de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, acobertadas por notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, sem a comprovação do recolhimento do imposto devido. Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75;

- aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais consideradas ideologicamente falsas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, conforme atos declaratórios regularmente publicados no Diário Oficial do Estado. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75;

- aproveitamento indevido de créditos de ICMS oriundos de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75;

- falta de recolhimento do ICMS ST e/ou recolhimento a menor do ICMS ST relativo à aquisição de mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Exige-se ICMS ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º da Lei nº 6.763/75.

Foram inseridos no polo passivo da obrigação tributária: a empresa Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda, IE: 001505339.00-10 e o Sr. Daniel Ângelo de Lima, CPF: 450.853.826-68.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, em conjunto, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, e o Coobrigado Daniel Ângelo de Lima, sócio-administrador, por seu representante legal, Impugnação às fls. 792/810.

Também, a Coobrigada, Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda, apresenta tempestivamente e, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 821/837.

São anexados aos autos os documentos de fls. 846/2239.

O Fisco, em manifestação de fls. 2241/2250, refuta as alegações de defesa e requer a procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 10/12/13, presidida pela Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 14/01/14.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora) e Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) que julgavam parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas às notas fiscais da fornecedora Mil Mix Distribuidora de Alimentos Ltda emitidas entre 25/09/08 e 30/10/08 e da Comercial e Distribuidora Itaipu Ltda emitida em 24/04/09, por não se encontrar dentro do período consignado nos respectivos atos de declaração de falsidade/inidoneidade. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Gomes Zurquim e, pela Coobrigada Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda, o Dr. Leonardo de Castro Francisco e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti.

Em sessão realizada em 14/01/14, presidida pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, decide a Câmara, em preliminar, à unanimidade, prorrogar o pedido de vista formulado pelo Conselheiro presidente, marcando-se extrapauta para o dia 16/01/14.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Das Preliminares

A Autuada e o sócio Coobrigado alegam, preliminarmente, que o Auto de Infração encontra-se nulo em razão da inobservância aos pressupostos de validade dos atos administrativos, qual seja a competência, finalidade, forma, motivo e objeto, restando prejudicados os requisitos essenciais de validade e da motivação, uma vez que encontra-se fundamentado em irregularidade que não ocorreu em razão do Fisco ter se baseado em suposta aquisição de mercadorias de fornecedores cujas notas fiscais foram consideradas ideologicamente falsas após a realização do efetivo e real negócio mercantil, estando tais empresas com a situação cadastral “habilitada” no Sintegra.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conclui estar ausente, portanto, a motivação para sua lavratura, o que o tornaria nulo, visto que não preenche os requisitos de validade e motivação, conforme art. 89, incisos IV e V do RPTA.

Inicialmente, cabe esclarecer que não resta dúvida quanto à competência da Autoridade Administrativa para a constituição do crédito tributário. É o que se depreende da leitura do disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), que preceitua que o lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização.

Veja-se o que determina o citado dispositivo:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O lançamento pressupõe a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação do crédito tributário, apuração do imposto devido, a identificação do sujeito passivo e a proposição da penalidade cabível.

A sua formalização encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, em seu art. 85 e 89.

Trata o art. 89 do RPTA dos elementos necessários à constituição do Auto de Infração:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Da análise dos presentes autos, em face das normas acima transcritas, verifica-se que atende a todos os requisitos impostos pela legislação tributária mineira, revelando a acusação fiscal e a penalidade correspondente, habilitando e oportunizando defesa plena.

Além do relatório do Auto de Infração, o Fisco elaborou o Relatório Fiscal (fls. 67/71), no qual esclarece o procedimento fiscal que resultou na identificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, qual seja a utilização de documentos fiscais declarados ideologicamente falsos, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75 e falta de recolhimento e/ou o recolhimento do ICMS/ST a menor em relação às mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Verifica-se que não restam dúvidas quanto à descrição do fato que motivou a emissão do Auto de Infração e das circunstâncias em que foi praticado, conforme determina o inciso IV do art. 89, supracitado.

Foram elaboradas planilhas detalhadas da composição do crédito tributário (ICMS, ICMS/ST), quantificado o imposto e demonstrado o cálculo das multas aplicáveis, conforme demonstrado às fls. 72/123 dos autos.

Vale mencionar, por oportuno, que consta tanto no relatório como no campo de ocorrências do Auto de Infração, a acusação fiscal imputada à Autuada.

Quanto à alegação da Coobrigada, Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda de que não estariam devidamente comprovados, nem detalhados, os termos constantes do art. 133, inciso I do CTN e, que não há nenhum dispositivo legal no Auto de Infração que fundamente a sua inclusão como responsável pela autuação, também não merece guarida.

Consta tanto do campo base legal/infringência do Auto de Infração, quanto do relatório fiscal (capitulação legal – fls. 68), o dispositivo legal no qual o Fisco se fundamenta para a inclusão da Coobrigada sucessora, qual seja art. 133, inciso I do CTN, *in verbis*:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao detalhamento e comprovação dos fatos imputados à Coobrigada serão apresentados na discussão de mérito.

Lado outro, não há que se falar em qualquer cerceamento ao direito à ampla defesa e ao contraditório, com base na alegação de que não teria acesso aos documentos contábeis da empresa autuada por nunca ter participado da gestão da empresa. Isso porque tal argumento não corresponde à verdade dos fatos, conforme detalhamento a seguir.

A Impugnante Distribuidora Legacy é controlada pela sua sócia majoritária Minasmix Atacado Distribuidor Ltda (Autuada), com participação inicial de 90% (noventa por cento) do capital social. Fato comprovado pelas cópias dos contatos sociais de fls. 839/842 dos autos, e demais fatos relacionados no parecer DGP/Sufis emitido no PTA nº 45.000001624-34 (Regime Especial de Tributação RET nº 180/2012) de fls. 47/53 dos autos, que será detalhado na discussão do mérito.

Dessa forma, estando presentes no lançamento todos os requisitos e pressupostos necessários à sua formalização, rejeita-se às preliminares arguidas.

Do Mérito

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/07/08 a 31/12/11, em decorrência das seguintes irregularidades:

- aquisição de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, acobertadas por notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, sem a comprovação do recolhimento do imposto devido (Anexo 1 de fls. 72/109);

- aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais consideradas ideologicamente falsas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, conforme atos declaratórios regularmente publicados no Diário Oficial do Estado (Anexo 2 de fls. 110/113);

- aproveitamento indevido de créditos de ICMS oriundos de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (Anexo 2 de fls. 110/113);

- falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS/ST relativo à aquisição de mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02; (Anexo 4 de fls. 120/121).

Instrui o presente Auto de Infração o relatório fiscal de fls. 67/71, o Demonstrativo do Crédito Tributário (Anexo 5) de fls. 122/123, cópias dos atos declaratórios de falsidade/inidoneidade (fls. 124/134), notas fiscais declaradas falsas/inidôneas do Anexo 1 e 2 (fls. 135/336 e 531/669), notas fiscais relacionadas nos Anexos 2 e 3 (produtos sujeitos à ST) às fls. 670/736, e notas fiscais relacionadas no Anexo 4 (fls. 737/791).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dos documentos falsos/ideologicamente falsos

O Fisco analisando os livros e documentos fiscais da Autuada constatou a utilização de notas fiscais declaradas falsas e ideologicamente falsas nos termos do art. 39, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrito:

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

a) o documento fiscal autorizado previamente pela repartição fazendária:

a.1) que tenha sido extraviado, subtraído, cancelado ou que tenha desaparecido;

a.2) de contribuinte que tenha encerrado irregularmente sua atividade;

a.3) de contribuinte inscrito, porém sem estabelecimento, ressalvadas as hipóteses previstas em regulamento;

a.4) que contenha selo, visto ou carimbo falsos;

a.5) de contribuinte que tenha obtido inscrição estadual ou alteração cadastral com a utilização de dados falsos;

a.6) não enquadrado nas hipóteses anteriores e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação;

b) o documento relativo a recolhimento de imposto com autenticação falsa;

No presente caso, as notas fiscais foram declaradas falsas e ideologicamente falsas mediante atos declaratórios, devidamente publicados no Diário Oficial deste Estado, em datas anteriores ao Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF (nº 10.000005105-02 de 30/04/13), tornando pública e oficial a falsidade das notas fiscais, conforme cópias dos atos de fls. 124/134 dos autos.

Cabe destacar os motivos que levaram às declarações de falsidade dos documentos fiscais, veja-se:

- encerramento irregular de atividade: Mil Mix Distribuidora de Alimentos Ltda (fls. 124), Jomar Comércio e Distr. de Produtos Alimentícios Ltda (fls.124), Comercial e Distribuidora Itaipu (fls. 125), Comercial de Alimentos Delttine Ltda (fls. 125), Minas Moinhos Com. Ind. e Beneficiamento de Alimentos Ltda (fls.126), Lessa Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda (fls. 127), Ancora Comércio Indústria de Alimentos (fls. 127), Sudoeste Atacadista Ltda (fls. 128), Ismênia Regina Com. de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alimentos Ltda (fls. 128), Comercial MDS Distribuidora Ltda (fls. 130), Distribuidora Barezi Ltda (fls. 130), Rodrigues & Moura Ltda (fls. 132);

- obtenção de inscrição estadual com dados falsos: Produtos Alimentícios Prestígio Ltda (fls. 126), Comercial Mult Lux Ltda (fls. 129), Atacado Fagundes & Gonçalves Ltda (fls. 131), Distribuidora Ouro de Minas Ltda (fls. 131), Vix Gold Indústria Comércio e Distribuidora Ltda (fls. 132), Center Comércio de Alimentos Ltda (fls. 134);

- contribuinte inscrito, porém, sem estabelecimento: Miramar Atacado e Distribuidor Ltda (fls. 129), Radich Comércio Varejista Ltda (fls. 133), Zagnoli Comércio de Alimentos Ltda (fls. 133).

As irregularidades apuradas pelo Fisco relacionadas aos documentos fiscais declarados falsos e ideologicamente falsos foram as seguintes:

a) aquisição de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária acobertadas por notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, sem a comprovação do recolhimento do imposto devido (Anexo 1 de fls. 72/109);

b) aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais consideradas ideologicamente falsas nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75 (Anexo 2 de fls. 110/113)

A Autuada alega que:

- a efetivação do negócio jurídico se deu com a compra e venda das mercadorias e com a escrituração das notas fiscais, ainda que posteriormente declaradas falsas, não tendo acarretado prejuízo ao Erário, uma vez que o imposto foi recolhido antecipadamente pelo substituto tributário quando da entrada da mercadoria em território mineiro;

- que à época da emissão das notas fiscais eletrônicas, as remetentes das mercadorias encontravam-se com a situação cadastral devidamente regular, sendo impossível a verificação de qualquer irregularidade no documento fiscal eletrônico e na sociedade emitente e, não havendo qualquer impedimento ou restrição à emissão dos documentos fiscais pela Secretaria de Fazenda, vem a fortalecer a presunção de regularidade e idoneidade de sua fornecedora;

- que só foi publicado o ato declaratório de falsidade ideológica após a realização do negócio mercantil pactuado com as referidas empresas e, que tais atos só produzem efeitos a partir da sua publicação, sendo obrigação do Fisco e não do contribuinte perquirir sobre tal falsidade;

- que a jurisprudência da Corte Superior é no sentido de que não pode o ato declaratório de falsidade retroagir e prejudicar o contribuinte de boa-fé,

- que resta demonstrada e comprovada a efetividade das operações realizadas, acobertadas pelos documentos fiscais posteriormente declarados falsos, conforme se abstrai do livro Razão, uma vez que foi procedido o correto registro das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias no mencionado livro contábil, de acordo com as normas contábeis em vigor;

- que as operações internas de aquisição efetivamente ocorreram, todas as mercadorias foram entregues e, os pagamentos das referidas notas fiscais foram realizados conforme verifica-se nos termos do livro Razão, o que caracterizaria a boa-fé do adquirente,

- que é pacífico neste Egrégio Conselho e no Supremo Tribunal Federal que o lançamento das notas fiscais no livro Registro de Entradas e, o respectivo comprovante de pagamento das operações mercantis acobertadas por notas fiscais eletrônicas aparentemente regulares deve-se considerar como efetivamente celebrado o negócio jurídico, tendo, inclusive, o contribuinte de boa-fé, direito legal ao aproveitamento ao crédito de ICMS;

Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Conselho de Contribuintes de Minas Gerias que entende corroborar a sua tese.

Inicialmente, cabe destacar que a expedição de um ato declaratório é antecedida por diligências 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 que o ato administrativo que declarou a falsidade das notas fiscais surte efeito *ex tunc*, pois não é o ato em si que impregna os documentos de falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde sua emissão, mas apenas declara uma situação já existente.

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*).

Assim, o ato declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação preexistente, não cria nem estabelece coisa nova. Portanto, é de natureza declaratória e não normativa. A publicação do ato no Diário Oficial do Estado visa apenas tornar público o que já existia.

Ao ato declaratório não se aplica o disposto no art. 103, inciso I e o regramento dos arts. 105 e 106 do Código Tributário Nacional, não entrando em vigor na data da publicação.

Ademais, não houve contestação dos atos de falsidade relacionados no presente lançamento, nos termos do § 5º do art. 30 da Lei nº 6.763/75, como se segue:

Art. 30

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º - Declarada a inidoneidade de documentação fiscal, o contribuinte poderá impugnar os fundamentos do ato administrativo, mediante prova inequívoca da inexistência dos pressupostos para sua publicação, hipótese em que, reconhecida a procedência das alegações, a autoridade competente o retificará, reconhecendo a legitimidade dos créditos.

Mencione-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.

Ressalte-se, que no caso dos autos, as notas fiscais foram declaradas falsas/ideologicamente falsas porque foram autorizadas para contribuintes que obtiveram inscrição estadual com dados falsos ou, que encerraram irregularmente as suas atividades.

O RICMS/02, em seu art. 149, inciso I, considera desacobertada, para todos os efeitos, a movimentação de mercadoria com documento falso/ideologicamente falso:

Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

I - com documento fiscal falso ou ideologicamente falso;

(...)

Assim, constatado o desacobertamento da operação com produto sujeito à substituição tributária, infere-se a falta de recolhimento do ICMS/ST devido, o que enseja a sua cobrança do destinatário da mercadoria nos termos do art. 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

A fim de comprovar a efetiva realização das operações, a Impugnante acostou os documentos de fls. 846/2001 (notas fiscais e comprovantes de pagamentos relativos ao Anexo 1).

No entanto, não logrou fazê-lo, uma vez que cópias de controles internos de agendamentos de pagamentos de títulos e cópias de cheques e de extratos bancários,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

alguns sem a identificação do banco, agência e conta corrente, não são suficientes para atestar a ocorrência do negócio jurídico.

Nesse sentido, convém mencionar, por amostragem, as seguintes constatações apuradas nos documentos juntados aos autos que no entender da Impugnante teriam o condão de demonstrar que era adquirente de boa-fé das mercadorias listadas nos documentos fiscais autuados, mas que não atingem o objetivo pretendido. Senão, veja-se:

1) notas fiscais das fornecedoras Mil Mix Distribuidora de Alimentos Ltda e Jomar Comércio e Distr. de Produtos Alimentícios Ltda. (fls. 847/919):

- consta do extrato bancário “pag. Títulos”. No entanto, não foram apresentadas duplicatas/faturas que os relacionem aos respectivos documentos fiscais;

- documento interno de agendamento de pagamento de títulos e cópias de extratos bancários consignando o histórico “pagamento de título” (fls. 920/948). Porém, as cópias dos extratos anexados não identificam o banco, a agência, o nº da conta corrente, nem o titular da conta, não podendo fazer prova a favor da Autuada como comprovação do efetivo pagamento das respectivas notas fiscais a que se pretende provar a efetividade das operações;

- notas fiscais de fls. 943/945: não foram acostados comprovantes da realização das operações;

- cópia de cheque (documento de controle interno) relacionando as Notas Fiscais de nºs 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, e 2673 da empresa Jomar Comércio e Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda (fls. 949/956) a extrato bancário sem identificação (banco, agência, nº da conta corrente, titular da conta). Assim, não faz prova a favor da Autuada como comprovação do efetivo pagamento das referidas notas fiscais respectivas a que se pretende provar a efetividade das operações;

2) Nota Fiscal nº 000.019 da empresa Lessa Distribuidora de Produtos Alimentícios, sediada em Passos/MG (fls.995): documento interno de agendamento de DOC (fls. 997), informa transferência de recursos para agência do Banco ABN AMRO Real, na Cidade de Campo Belo/MG e extrato bancário sem identificação (banco, agência, nº da conta corrente, titular da conta), consignando no histórico “Emissão de DOC”, não tem o condão de fazer prova a favor da Autuada como comprovação do efetivo pagamento das referidas notas fiscais respectivas a que se pretende provar a efetividade das operações;

3) notas fiscais das empresas Comercial e Distribuidora Itaipu (fls. 964/966), Comercial de Alimentos Deltine Ltda (fls. 967/969), Minas Moinhos Com. Ind. Beneficiamento de Alimentos (fls. 974/979), Produtos Alimentícios Prestígio Ltda (fls. 999/1030):

- extrato bancário sem identificação (banco, agência, nº da conta corrente, titular da conta), consignando no histórico “pg. de títulos”, “emissão de DOC/TED”, tendo sido relacionados a pagamentos parciais e de mais de um documento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não foi apresentado qualquer documento hábil que os relacione às notas fiscais as quais pretende fazer prova da realização das operações nelas descritas (faturas, favorecidos das operações de transferência bancárias, etc);

4) notas fiscais da empresa Âncora Comércio Indústria de Alimentos (fls. 1004/1022) sediada em Itaúna/MG: de acordo com o extrato de agendamento de TED (fls. 1011), documento interno da Autuada, o pagamento ocorreu mediante transferência para conta corrente do remetente em agência do banco Bradesco, na cidade de Contagem (agência 2132-Ceasa);

- notas fiscais da emitente Sudoeste Atacadista Ltda (fls. 1023/1130), sediada em Belo Horizonte: consta do documento de agendamento da suposta transferência bancária (TED) de fls. 1025, a mesma agência 2132 do Bradesco (Ceasa);

- notas fiscais da emitente Ismênia Regina Comércio de Alimentos, sediada em Belo Horizonte (fls. 1131/1140): de acordo com o documento interno de agendamento de TED (fls. 1132) a transferência foi efetuada para conta corrente da emitente no Banco HSBC, agência 1204 (Ceasa);

- notas fiscais da emitente Comercial Multi Lux Ltda, sediada em Belo Horizonte (fls.1204/1258 e 1288/1467): de acordo com documento interno de agendamento de TED (fls. 1217) a transferência foi efetuada para conta corrente da emitente no Banco Bradesco, agência 2132 (Ceasa).

Destaque-se que, além de todos os supostos pagamentos terem ocorrido em uma mesma agência bancária, os extratos bancários acostados não contém identificação do banco, agência, nº da conta corrente, titular da conta, constando no histórico “pg. de títulos” e “emissão de DOC/TED”, foram relacionados a pagamentos parciais e de mais de um documento, sem qualquer documento hábil que os relacione às notas fiscais às quais pretende fazer prova da realização das operações nelas descritas (faturas, favorecidos das operações de transferência bancárias, etc).

5) Nota Fiscal de nº 000.009 da emitente Comercial e Distribuidora Itaipu (fls. 1163): pago mediante TED para o favorecido Eletro Mutilog Distribuidor e Indústria (fls.1167), conforme autorização para depósito em conta, efetivado por meio de documento digitado sem qualquer assinatura e identificação do emitente, não tem o condão de provar a efetividade da operação;

6) Nota Fiscal nº 000.226 da emitente Comercial MDS Distribuidora Ltda (fls. 1468/1470), sediada em Cordisburgo/MG: comprovante de pagamento TED emitido em favor de terceiro identificado como “Líder Logística e Distribuidora”, Banco Bradesco, agência 2132 (Ceasa);

7) notas fiscais da emitente Comercial Multi Lux Ltda, sediada em Belo Horizonte (fls.1471/1536), consta do extrato bancário “pag. Títulos”. No entanto, não foram apresentadas duplicatas/faturas que os relacionem aos respectivos documentos fiscais, além de que, as cópias dos extratos anexadas não identificam o banco, a agência, o nº da conta corrente, nem o titular da conta, não podendo fazer prova a favor da Autuada como comprovação do efetivo pagamento das respectivas notas fiscais a que se pretende provar a efetividade das operações;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

8) Nota Fiscal nº 000.522 da emitente Comercial Multi Lux Ltda, pagamento de duplicata efetuado conforme comprovantes de pagamento de fls. 1539. Entretanto a duplicata tem como cedente a empresa Perfil Distribuidora de Gêneros Alimentícios Ltda;

9) notas fiscais da emitente Distribuidora Barezi Ltda, sediada em Betim/MG (fls. 1544/1633): de acordo com documentos internos denominados “extrato de agendamento de pagamento” os pagamentos foram efetuados por meio de “pagamento de títulos” ou por TED para conta corrente da emitente no Banco Bradesco, agência 2132 (Ceasa). Mas, as cópias dos extratos não consignam a identificação do banco, agência, nº da conta corrente, nem o titular da conta, além de não terem sido acostadas as duplicatas, não podendo fazer prova a favor da Autuada como comprovação do efetivo pagamento das respectivas notas fiscais a que se pretende provar a efetividade das operações;

10) notas fiscais da emitente Atacado Fagundes e Gonçalves Ltda sediada em Congonhal/MG:

- apresenta relatório do Banco Itaú denominado “consulta a pagamentos a efetuar” e extrato bancário com pagamentos agrupados com histórico “Sispag fornecedores”, de modo que não há como estabelecer relação entre as notas fiscais e os pagamentos efetuados, além de não ter sido apresentadas as duplicatas emitidas (fls. 1634/1643, 1652/1662);

- os outros comprovantes anexados são extratos bancários sem identificação do banco, agência, nº da conta corrente, titular da conta, além de não terem sido acostadas as duplicatas (fls. 1644/1647, 1663/1682), não podendo fazer prova a favor da Autuada como comprovação do efetivo pagamento das respectivas notas fiscais a que se pretende provar a efetividade das operações;

- anexa ainda, para comprovar as operações, cópia de relatório “Pagamentos efetuados por favorecido” do Banco Itaú (fls.1686) a fim de comprovar o pagamento da Nota Fiscal nº 000.237 e 000.238 (fls. 1683 e1687). Entretanto, no citado relatório não consta o nome do favorecido, apenas o valor. E, ainda o comprovante de pagamento de títulos de fls. 1685 e 1689, tampouco consta o nome do favorecido, notadamente apenas em relação às notas fiscais as quais pretende comprovar os pagamentos;

11) notas fiscais da empresa Distribuidora Ouro de Minas Ltda (fls. 1722/1746, sediada em Martinho Campos:

- apresenta extrato de agendamento de pagamento (documento interno), cujos pagamentos teriam sido efetuados por meio de TED para conta corrente da emitente no Banco Sicoob, agência 4097 (Bom Despacho/MG). No entanto, as cópias dos extratos não consignam a identificação do banco, agência, nº da conta corrente, nem o titular da conta, além de não terem sido acostadas as duplicatas, não podendo fazer prova a favor da Autuada como comprovação do efetivo pagamento das respectivas notas fiscais a que se pretende provar a efetividade das operações;

- Notas Fiscais de nº 000.163, 000.165, 000.168, 000.179, emitidas entre 30/11/10 a 09/12/10 pela Distribuidora Ouro de Minas Ltda (fls. 1747/1754), no valor total de R\$ 638.818,00 (seiscentos e trinta e oito mil oitocentos e dezoito reais),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apresenta TED (fls. 1755) no valor total a crédito da emitente sem, contudo, apresentar as faturas/duplicatas;

12) notas fiscais da emitente Vix Gold Indústria Comércio e Distribuidor Ltda, sediada em Pouso Alegre/MG (fls.1780/1783), apresenta comprovante de transferência eletrônica (TED) a favor do emitente para conta corrente no Banco Bradesco, agência 2132 (Ceasa), sem as respectivas faturas/duplicatas;

13) notas fiscais da emitente Radich Comércio Varejista Ltda, sediada em Belo Horizonte/MG, consta como pagamento da operação duplicatas emitidas em nome da cedente Distribuidora Barezi Ltda, Banco Bradesco, agência 2132 (Ceasa/Contagem/MG), documentos de fls. 1855/1955; essa também teve seus documentos declarados ideologicamente falsos, conforme ato declaratório de fls. 130;

14) notas fiscais das emitentes Zagnoli Comércio de Alimentos Ltda (Belo Horizonte/MG) e Center Comércio de Alimentos Ltda (Corinto/MG), todas as duplicatas apresentadas pela Impugnante constam como cedente a empresa Distribuidora Barezi Ltda, tendo sido os pagamentos efetuados a seu favor no banco Bradesco, agência 2132 (Ceasa – Contagem/MG), conforme documentos acostados às fls. 1956/2001.

Constata-se que a Distribuidora Barezi é que recebe todos os valores faturados pelas notas fiscais emitidas em nome da Radich, Zagnoli, e Center, demonstrando claramente indícios de conluio a fim de fraudar o recolhimento do ICMS/ ST ao Estado de Minas Gerais.

Diante das evidências elencadas, verifica-se que os documentos juntados aos autos não permitem concluir que tais pagamentos tenham sido efetuados às empresas fornecedoras, emitentes dos documentos fiscais considerados ideologicamente falsos. Ao contrário, há indícios em tais documentos que permitem inferir tratar-se de um esquema montado com intuito de não recolher, em relação as operações autuadas, o ICMS/ST devido a este Estado.

Em relação aos documentos anexados às fls. 2002/2163 (notas fiscais e comprovantes de pagamentos relativos ao Anexo 2) trata-se das notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, conforme atos declaratórios de fls. 124/134 dos autos dos mesmos fornecedores relacionados no Anexo 1, aos quais se aplicam as mesmas constatações acima descritas.

Destaque-se que no Anexo 2 (Registro de Notas Fiscais com apropriação de créditos indevidos – NFs ideologicamente falsas e produtos sujeitos a ST) constam também notas fiscais de fornecedores regulares, as quais a Autuada creditou-se do ICMS incorretamente destacado na nota fiscal, uma vez que se tratava de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, listadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

O Fisco exigiu com fulcro no art. 69 do RICMS/02, o ICMS indevidamente apropriado, o que se revelou benéfico à Contribuinte uma vez que poderia ter sido exigido o ICMS/ST, visto que não foi comprovado o recolhimento por ocasião da entrada das mercadorias em território mineiro:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 69. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou os bens ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação. (Grifou-se)

Destaque-se que o fato de estarem todas as operações registradas na contabilidade da empresa, não permite a conclusão de que as operações ocorreram conforme consta nos documentos fiscais autuados.

Assim, conclui-se que os comprovantes de pagamento das transações, juntados aos autos, não permitem concluir que seja a Autuada uma adquirente de boa-fé conforme o entendimento externado na jurisprudência do STJ, por ela mencionada.

Por oportuno, a Autuada já foi julgada por matéria idêntica, conforme ementado no Acórdão nº 21.054/13/1ª, abaixo transcrito:

ACÓRDÃO: 21.054/13/1ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000179340-42

IMPUGNAÇÃO: 40.010132944-15

IMPUGNANTE: MINASMIX ATACADO DISTRIBUIDOR LTDA

IE: 338724294.01-56

PROC. S. PASSIVO: WALQUÍRIA CÂNDIDA TORRES

ORIGEM: DF/DIVINÓPOLIS

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - DOCUMENTO FISCAL FALSO/IDEOLOGICAMENTE FALSO. CONSTATADO, MEDIANTE CONFERÊNCIA DE LIVROS E DOCUMENTOS, QUE A AUTUADA ADQUIRIU MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS DECLARADAS IDEOLOGICAMENTE FALSAS NOS TERMOS DO ART. 39, § 4º, INCISO II, ALÍNEA "A", SUBALÍNEA "A.5" DA LEI Nº 6.763/75. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XXXI DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

O mesmo entendimento se aplica às mercadorias tributadas normalmente pelo ICMS no regime de débito e crédito.

O estorno dos créditos de ICMS provenientes de documentos fiscais falsos/ideologicamente falsos está pautado no princípio da não cumulatividade previsto na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 87/96 e na legislação tributária mineira.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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;

A interpretação do dispositivo acima transcrito conduz à conclusão de que o contribuinte deve compensar o imposto devido em cada operação de circulação de mercadoria com o imposto cobrado na operação anterior.

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

O art. 23 da Lei Complementar nº 87/96, abaixo transcrito, e o art. 30 da Lei nº 6.763/75, de igual teor, estatui que o direito ao crédito para efeito de compensação com o débito do imposto está condicionado à idoneidade da documentação, sendo que a apropriação indevida de créditos enseja recolhimento a menor do imposto:

LC nº 87/96

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.

Lei Estadual nº 6763/75

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tais dispositivos legais, alicerçados na Constituição Federal, deixam claro que o crédito a ser compensado com o débito para apuração do imposto devido está vinculado à que se tenha ocorrido operação anterior. Tal norma busca impedir a conduta ilícita do contribuinte que se utiliza de documentos fiscais irregulares com o intuito de reduzir a cobrança do imposto regularmente devido.

Por esse motivo, ocorre a inversão do ônus da prova no que concerne à garantia de que o ICMS foi recolhido pelo contribuinte emitente dos documentos declarados falsos, 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.

Portanto, 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 salientar 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.

A Impugnante alega a impossibilidade do adquirente da mercadoria proceder à verificação da idoneidade documental. No entanto, não tendo sido demonstrado o recolhimento do imposto na origem poderia, em conformidade com o disposto no art. 9º da Resolução nº 4.182/10, ter promovido o recolhimento do imposto indevidamente aproveitado, atualizado monetariamente e acrescido de multa de mora, antes da ação fiscal, *in verbis*:

Art. 9º O contribuinte que tenha efetuado registro com base nos documentos mencionados no art. 7º, poderá recompor a conta gráfica, recolher o ICMS, se devido, acrescido da multa de mora aplicável ao recolhimento espontâneo e substituir as Declarações de Apuração e Informação do ICMS (DAPI), desde que assim proceda antes do início de ação fiscal.

Parágrafo único. Para efetivação do procedimento previsto no caput, o contribuinte deverá comunicar o fato, por escrito, à repartição fazendária de seu domicílio, relacionando os dados da nota fiscal e do ato declaratório ou Auto de Constatação e data da publicação destes e apresentar documento de arrecadação correspondente para ser visado pela autoridade competente, se devido, bem como juntar cópia das notas fiscais.

Assim correta a exigência do ICMS/ST relativo às entradas desacobertas de documentação fiscal de mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/02, sem a comprovação do recolhimento do imposto devido, apurado conforme planilha Anexo 1 de fls. 72/109, e a exigência da Multa de Revalidação em dobro, com fulcro no art. 56, inciso II, § 2º da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

Da mesma forma, é aplicável a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI do mesmo diploma legal:

Art. 55 - As multas, para quais se adotará o critério a que se refere o inciso II do art. 53, serão 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;

Quanto ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais consideradas ideologicamente falsas, corretas as exigências do ICMS indevidamente apropriado, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75, conforme demonstrado no Anexo 2 de fls. 110/113.

Entretanto, deve-se excluir das exigências fiscais as notas fiscais relacionadas no Anexo 1 (fls. 72/109) da fornecedora Mil Mix Distribuidora de Alimentos Ltda, emitidas entre 25/09/08 e 30/10/08 e da Comercial e Distribuidora Itaipu Ltda, emitida em 24/04/09, por se encontrar fora do período de emissão determinado nos respectivos atos declaratórios abaixo relacionados:

1) Nº do Ato: 13.062.310.04468 - CNPJ: 08.833861/0001-62, I.E. 001039185.00-32, nome comercial: Mil Mix Distribuidora de Alimentos Ltda, data do ato: 23/04/10, publicado em 24/04/10, motivo: falsidade ideológica, documento autorizado de contribuinte que encerrou irregularmente atividade – todos os documentos fiscais autorizados emitidos a partir de 01/11/08;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2) Nº do Ato: 05.056.720.000002 - CNPJ: 70.93302/0001-09, I.E. 186.300971.0057, nome comercial: Comercial e Distribuidora Itaipu Ltda, data do ato: 14/06/10, publicado em 20/07/10, motivo: falsidade ideológica, documento autorizado de contribuinte que encerrou irregularmente atividade – todos os documentos fiscais autorizados emitidos a partir de 27/05/09.

Da falta de recolhimento/ recolhimento a menor do ICMS ST

A Impugnante não contestou a acusação de falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS/ST devido nas aquisições de mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

O Fisco apurou o valor do ICMS/ST a ser exigido mediante aplicação da margem de valor agregado - MVA vigente à época das aquisições, conforme demonstrados nas planilhas Anexos 3 (fls. 114/119) e 4 (fls. 120/121).

A responsabilidade pelo recolhimento do imposto decorre do disposto nos arts. 14 e 15 do Anexo XV do RICMS/02, a saber:

Art. 14. O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Art.15. O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

Portanto, corretas as exigências fiscais do ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º da Lei nº 6.763/75.

Das alegações inespecíficas dos Impugnantes

Informa-se, por oportuno, que não houve exigência de majoração da multa isolada por reincidência, conforme alegado pela Coobrigada Distribuidora Legacy.

As questões de cunho constitucional alegadas pela Autuada (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA “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”.

Registra-se, por derradeiro, não ser passível o acionamento do disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional, uma vez que não restou nenhuma dúvida

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quanto às circunstâncias materiais ou capitulação legal dos fatos narrados, quanto à autoria, imputabilidade, punibilidade, natureza ou graduação das penalidades exigidas.

Da sujeição passiva

Em relação a inclusão no polo passivo da obrigação tributária o sócio-administrador da Autuada, Daniel Ângelo de Lima, alega que não há motivação, visto que não há provas de que tenha agido com excesso de poder e infração à lei, conforme prevê o art. 135, inciso III do CTN.

No entanto não lhe cabe razão em face às disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

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

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 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.

(...)

Importante ressaltar que não há dúvidas quanto aos poderes de gestão do referido sócio, como está demonstrado pela cópia do contrato social, fls. 37/43 dos autos.

No caso do presente processo, há a comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, sendo correta, portanto, a inclusão na sujeição passiva do sócio-administrador da empresa autuada com base no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c o inciso XII do mencionado artigo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que, quando há infração à lei, os sócios gerentes, administradores e outros, respondem pela obrigação tributária como no AgRg no Ag 775621 / MG, julgado em 2007, relator Ministro José Delgado, nos seguintes termos:

OS BENS DO SÓCIO DE UMA PESSOA JURÍDICA COMERCIAL NÃO RESPONDEM, EM CARÁTER SOLIDÁRIO, POR DÍVIDAS FISCAIS ASSUMIDAS PELA SOCIEDADE. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA IMPOSTA POR SÓCIO-GERENTE, ADMINISTRADOR, DIRETOR OU EQUIVALENTE SÓ SE CARACTERIZA QUANDO HÁ DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE OU SE COMPROVA INFRAÇÃO À LEI PRATICADA PELO DIRIGENTE.

No mesmo sentido o TJ/RS, nos embargos infringentes nº. 594124984, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, decidiu:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA (CTN ART. 135, III). SÓCIO GERENTE, QUE SE DEMITIU DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA NO CASO, DOS ARTS. 10 E 16 DO DECRETO Nº 3.708, DE 10.01.19, VEZ QUE O AUTO DE APREENSÃO É O LANÇAMENTO DO ICMS, COM MULTA DECORREM DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI – OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E TRANSPORTE DA MESMA SEM A EMISSÃO DAS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS – PRATICADOS QUANDO O EMBARGANTE AINDA INTEGRAVA A SOCIEDADE NA QUALIDADE DE SÓCIO-GERENTE. (GRIFOU-SE)

O TJ/MG em recente decisão, por unanimidade, no processo nº. 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

[...] O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

O Fisco inclui, ainda, como Coobrigada, a empresa Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda, I.E. 001.505339-0010, com fulcro no art. 135, inciso I do CTN, *verbis*:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

A Coobrigada retromencionada alega que foi incluída no polo passivo da autuação em decorrência de suposta aquisição de fundo de comércio, minuciada no Parecer SUFIS emitido no PTA nº 45000001624-34, de forma arbitrária e tendenciosa. Alega que foi declarada sucessora da sua ex-sócia da Autuada com base em indícios, sendo-lhe atribuídas todas as responsabilidades pelo fato da filial da empresa ter encerrado suas atividades em Minas Gerais.

Acrescenta que, na verdade, não houve aquisição de fundo de comércio, e sim, integralização da parcela do capital social por parte da autuada, por meio de mercadorias estocadas em sua filial. Caracteriza-se pois, aporte empresarial e não sucessão defendida pelo Fisco.

Destaca que não houve aquisição de ativo fixo ou estoque de mercadorias, apenas fora aplicado valor como forma de aporte de capital para dar fôlego às atividades empresariais.

Argui que teve parte do seu capital social integralizado por notas fiscais emitidas pela Autuada, que não encerrou suas atividades e, portanto, há que se aplicar o benefício de ordem para a presente cobrança.

O Fisco acosta aos autos o Parecer DGP/SUFIS no PTA nº 45.000001624-34 relativo ao Regime Especial de Tributação RET nº 180/2012 da Requerente Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda, onde relata que “a Minasmix Atacado Distribuidor Ltda, CNPJ 02.224264/0001-54, integra o seu quadro societário ampliado (QSA) e, que integralizou 99,16% (noventa e nove inteiros dezesseis centésimos por cento) de sua participação societária em mercadorias no valor de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais), mediante notas fiscais de saídas emitidas em 30/12/11, pela filial mineira, de inscrição estadual nº 338.724294-0156”. Inscrição com situação suspensa no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, requerida pela Contribuinte em 18/01/12.

O Fisco informa, ainda, que a empresa baixada (Minasmix Atacado Distribuidora Ltda) adquiriu em dezembro de 2011, último mês de funcionamento, o valor de mais de R\$ 12.500.000,00 (doze milhões quinhentos mil reais) em mercadorias, valor este superior à média mensal de compras no ano 2011, enquanto as vendas totalizaram montante de R\$ 13.859.124,00 (treze milhões oitocentos e cinquenta e nove mil cento e vinte e quatro reais) valor ligeiramente superior à média do faturamento mensal de 2011, tendo registrado, de acordo com os valores declarados ao Fisco, um lucro bruto no ano da ordem de 36,4 (trinta e seis vírgula quatro) milhões, sendo 20,4 (vinte vírgula quatro) milhões de superávit das vendas e 16 (dezesseis) milhões do estoque de mercadorias.

Da análise do comportamento fiscal da Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda verifica-se que o seu faturamento em dezembro de 2011 de R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais) passou para um faturamento médio mensal de R\$ 12.688.242,00 (doze milhões seiscentos e oitenta e oito mil duzentos e quarenta e dois reais) no ano de 2012, após a incorporação da Minasmix Atacado Distribuidora Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tais fatos evidenciam a aquisição do fundo de comércio da Minasmix Atacado Distribuidora Ltda pela Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda, bem como, a continuidade da exploração das atividades sob a razão social dessa, evidenciando a responsabilidade jurídica prevista tanto no art. 133, inciso I, como no art. 132 parágrafo único do CTN:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Corroborando tal entendimento o fato de que a Minasmix Atacado Distribuidora Ltda é sócia majoritária da Distribuidora de alimentos Legacy Ltda com participação de 90% (noventa por cento) das cotas, por meio da Matriz paulista, conforme alteração do contrato social de fls. 839/842, bem como, a transferência de todo o estoque das mercadorias de sua filial mineira, ora autuada, em 30/12/11, encerrando suas atividades logo em seguida.

Assim, imperioso concluir que a baixa requerida pela Minasmix Atacado Distribuidora Ltda não teve como fim encerrar suas atividades, mas afastar-se da cobrança de créditos tributários superiores a trinta milhões e usufruir dos benefícios fiscais concedidos à Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda no Regime Especial de Tributação PTA 45.000001624-34, mantido em cumprimento a mandado de segurança à época, cassado posteriormente em 29/05/13.

A Impugnante Coobrigada alega que não pode ser responsabilizada por fatos dos quais não participou, sendo que a Autuada iniciou como sócia em janeiro de 2012. E que, caso se considere a responsabilidade por sucessão, deve-se aplicar o disposto no art. 133, inciso II do CTN, ou seja, responsabilizar subsidiariamente, na medida em que a Autuada não encerrou as atividades e não participou como sócia em período anterior a janeiro de 2012.

Razão não lhe assiste. Não resta qualquer dúvida de que a Coobrigada Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda deve figurar no polo passivo da obrigação tributária, com fulcro no art. 133, inciso I do CTN, visto que adquiriu fundo de comércio da Autuada, continuou a respectiva exploração sob outra razão social, tendo prosseguido no mesmo ramo de comércio, respondendo de forma integral pelo crédito tributário relativo ao fundo ou estabelecimento adquirido, uma vez que o alienante cessou a exploração da atividade em seguida, conforme pedido de baixa requerido em 18/01/12.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª 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 as exigências relativas às notas fiscais da fornecedora Mil Mix Distribuidora de Alimentos Ltda e da Comercial e Distribuidora Itaipu Ltda que não se encontram dentro do período consignado nos respectivos atos de declaração de falsidade/inidoneidade. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que o julgava improcedente, nos termos do art. 112 do CTN. Assistiu ao julgamento o Dr. Leonardo de Castro Francisco. Participou do julgamento, além das signatárias, e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor).

Sala das Sessões, 16 de janeiro de 2014.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.450/14/1ª Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.000197397-27

Impugnação: 40.010134611-41, 40.010134864-97 (Coob.), 40.010134612-22 (Coob.)

Impugnante: Minasmix Atacado Distribuidor Ltda
IE: 338724294.01-56
Daniel Angelo de Lima (Coob.)
CPF: 450.853.826-68
Distribuidora de Alimentos Legacy Ltda (Coob.)
IE: 001505339.00-10

Proc. S. Passivo: Thiago Dantas Cunha, Matheus Lara Nogueira de Menezes/Outro(s)

Origem: DF/Divinópolis

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

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

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/07/08 a 31/12/11, em decorrência das seguintes irregularidades:

- aquisição de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, acobertadas por notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, sem a comprovação do recolhimento do imposto devido; (Anexo 1 de fls. 72/109);

- aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais consideradas ideologicamente falsas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, conforme atos declaratórios regularmente publicados no Diário Oficial do Estado; (Anexo 2 de fls. 110/113);

- aproveitamento indevido de créditos de ICMS oriundos de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02; (Anexo 2 de fls. 110/113);

- falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS ST , relativo à aquisição de mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02; (Anexo 4 de fls. 120/121).

Versa o presente contencioso sobre a falta de recolhimento de ICMS/ST em virtude da aquisição de mercadorias acobertadas com nota fiscal declarada

ideologicamente falsa pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais e sem comprovação do recolhimento do imposto devido.

Como podemos ver, a exigência do crédito tributário é do destinatário da mercadoria, por ter utilizado nota ideologicamente falsa.

O ato é derivado da constatação pelo Fisco que não existia estabelecimento do remetente das mercadorias, considerando assim que todas as notas fiscais emitidas seriam ideologicamente falsas.

Importante salientar, que a Impugnante apresenta comprovante de realização do negócio jurídico, ou seja, pagamentos com cheques das mercadorias, inclusive demonstrando em sua contabilidade o registro de todas as operações.

Tal fato deixa evidenciada a regular circulação das mercadorias constantes naqueles documentos fiscais, jogando por terra os argumentos do Fisco de que os documentos foram considerados inidôneos.

Assim, a efetiva existência do negócio jurídico, como ocorrido na espécie dos autos, é de fundamental importância para o aproveitamento de créditos de ICMS.

Na lição do renomado jurista José Eduardo Soares de Melo, em sua obra "ICMS Teoria e Prática", 8ª Edição, temos:

"Reputo necessária, obrigatória, louvável sob todos os aspectos, a preocupação fazendária em coibir os negócios ilícitos, espúrios, e, sobretudo, sonegatórios que tenham por escopo permitir transferências de créditos, simuladas em pseudas vendas de bens e prestações de serviços. A superioridade do interesse público sobre o privado constitui princípio de Direito Administrativo, haurido pela compreensão dos inúmeros postulados constitucionais. A arrecadação dos tributos decorre da competência da pessoa de direito público, significando um autêntico poder-dever, indispensável para atender à eficaz prestação dos serviços públicos. Todavia, demais princípios constitucionais devem também ser observados de modo coerente, harmônico e sistemático, para que a ação governamental não se torne desmedida, desrespeitando o estatuto do contribuinte".

Isto posto, ocorrendo, "in casu", a efetiva circulação da mercadoria, como de fato ocorreu, não há que se falar em falsidade da documentação fiscal citada nos autos.

Importante salientar, que o inciso XXXI do art. 55, da Lei nº 6.763/75, tem o caráter de penalizar a empresa que utiliza nota fiscal falsa, para apropriação de crédito de imposto, importando assim, pagamento a menor do ICMS; *in verbis*:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Destarte, a nota fiscal autuada, tem descrito que o remetente era beneficiário de Regime Especial, conforme cópia da nota fiscal anexo de fls. 08 dos autos, com isto, não temos o destaque do ICMS operação própria e nem do ICMS/ST, além da empresa estar situada no próprio Estado de Minas Gerais.

Neste sentido, peço "vênia" aos votos majoritários, para saber qual o objetivo da Impugnante em utilizar o documento falso, sem destaque do imposto, ou seja, qual imposto iria se beneficiar.

Diante disso, julgo improcedente o lançamento, para excluir as exigências fiscais.

Sala das Sessões, 16 de janeiro de 2014.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**