

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.590/17/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000378049-00
Impugnação: 40.010140534-03, 40.010140535-78 (Coob.), 40.010140536-59 (Coob.)
Impugnante: Distribuidora de Embalagens Embol Ltda.
IE: 186876964.01-25
Edmar de Oliveira (Coob.)
CPF: 625.332.666-04
Egmar Linhares de Oliveira (Coob.)
CPF: 766.410.586-20
Coobrigados: Júlio César Morito Pimentel
CPF: 242.266.966-20
Metalpoli - Comércio de Metais e Polietileno Ltda. - ME
IE: 001008106.00-68
Proc. S. Passivo: Warley Pontello Barbosa/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária nos termos do disposto no art. 21, inciso XII, § 2º, inciso II e art. 207, § 1º, item 1, todos da Lei nº 6.763/75 e arts. 124, inciso I e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – ELEIÇÃO ERRÔNEA. Imputação fiscal de responsabilidade pelo crédito tributário a empresa Coobrigada com fulcro no § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75. Lançamento reformulado pelo Fisco para excluir do polo passivo da obrigação tributária a Coobrigada PSF Embalagens Plásticas Ltda., e seu sócio Leôncio Correa Filho haja vista que sua responsabilidade não está devidamente demonstrada nos autos.

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 foram carreados aos autos comprovantes de recolhimento do ICMS devido pelos emitentes dos documentos fiscais e, da real e efetiva ocorrência da operação descrita nas notas 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.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante conferência dos arquivos eletrônicos Sintegra/SPED EFD, de que a Autuada, no período compreendido entre janeiro/2011 a dezembro/2011, recolheu ICMS a menor em razão de aproveitamento indevido de créditos do imposto provenientes do uso dos documentos fiscais, relacionados no Anexo 1, declarados ideologicamente falsos conforme Ato Declaratório número 12.298.010.000021 (Anexo 4).

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75.

PSF Embalagens Plásticas Ltda., CNPJ 42.964.593/00001-56 - IE 186.826218.00-65, e o seu sócio, Sr. Leôncio Corrêa Filho CPF 111285506-87, Metalpoli – Comércio de Metais de Polietileno Ltda.- ME, CNPJ. 07.642467/0001-84 - IE 001.008106.00-68 (com Inscrição Estadual cancelada) e o seu sócio, Sr. Júlio César Morito Pimentel, CPF 242266966-20, bem como os sócios administradores da Autuada, Srs. Edmar de Oliveira, CPF 625.332.666-04, e Egmar Linhares de Oliveira, CPF 766.410.586-20, foram inseridos no polo passivo da obrigação tributária em face das disposições contidas no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, inciso XII, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada e seus sócios, apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 364 a 381.

PSF Embalagens Plásticas Ltda, e seu sócio Leôncio Correa Filho apresentam, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 232 a 258, em que reclamam não terem recebido os anexos do Auto de Infração (AI).

Os Coobrigados Metalpoli – Comércio de Metais e Polietileno Ltda. ME e seu sócio Júlio César Morito Pimentel não se manifestaram.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 610/620, refuta as alegações das defesas e requer a procedência do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 25/10/16, fls. 630, profere a seguinte decisão:

ACORDA A 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA QUE A FISCALIZAÇÃO DEMONSTRE, CONSIDERANDO A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL, O VÍNCULO DA COOBRIGADA PSF EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA COM A ACUSAÇÃO FISCAL APONTADA NO AUTO DE INFRAÇÃO PARA EFEITO DE SUA INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 632, a Fiscalização lavra Termo de Rerratificação de Auto de Infração para excluir do polo passivo a empresa PSF Embalagens Plásticas Ltda e seu sócio Leôncio Correa Filho.

Devidamente intimados, a Autuada e seus sócios comparecem novamente aos autos, fls. 647, ratificando os termos apresentados na impugnação inicial.

A Fiscalização manifesta-se novamente às fls. 648.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 29/03/17, fls. 652, profere a seguinte decisão:

ACORDA A 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM DEFERIR REQUERIMENTO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS PROTOCOLIZADOS EM 23/03/2017 SOB Nº 17.127. AINDA, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA QUE A FISCALIZAÇÃO, CONSIDERANDO OS DOCUMENTOS APRESENTADOS, ELABORE PLANILHA CORRELACIONANDO AS NOTAS FISCAIS, OBJETO DA AUTUAÇÃO, COM OS PAGAMENTOS REALIZADOS PELA AUTUADA DESTACANDO SE HOUVE A EFETIVA COMPROVAÇÃO DE QUE FORAM EFETUADOS AO EMITENTE DAS NOTAS FISCAIS.

Considerando a referida decisão, a Fiscalização, mais uma vez, manifesta-se às fls. 1.308/1.309.

DECISÃO

Das Preliminares

Das Prefaciais

Os Sujeitos Passivos, PSF Embalagens Plásticas Ltda e seu sócio Leôncio Correa Filho, preliminarmente, arguem cerceamento de direito de defesa, uma vez que, segundo eles, não receberam os anexos que compõem o Auto de Infração, implicando esta falha em nulidade deste.

Todavia, razão não lhes assiste.

Conforme salientado pela Fiscalização os referidos anexos do AI foram entregues juntamente com este por via postal, de acordo com os comprovantes de fls. 222 a 223 e 226).

Ademais, o Auto de Infração contém todos os elementos fundamentais para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. O lançamento foi devidamente instruído, todos os requisitos necessários para efetivá-lo foram observados, formais e materiais, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induvidoso que os Sujeitos Passivos compreenderam a acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação.

Desse modo, não se justifica a alegada nulidade do AI, nem mesmo se vislumbra, no caso, cerceamento de defesa, razão pela qual rejeita-se as prefaciais arguidas.

Do Pedido de Perícia

A Autuada e seus sócios requerem a realização de prova pericial, apresentando os quesitos de fls. 368/369 para comprovação da efetiva existência das operações, cujos créditos delas decorrentes foram posteriormente declarados inidôneos, e para demonstrar a veracidade dos fatos aludidos em suas impugnações.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispendo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil).

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Todavia, o exame pericial no presente caso, mostra-se absolutamente desnecessário, na medida em que os quesitos propostos têm respostas no conjunto probatório acostado aos autos e na legislação de regência do imposto.

Estão relacionados no PTA, na documentação a ele acostada pela Fiscalização nos anexos que o compõe, bem como na documentação apresentada pela própria Autuada juntamente com sua Peça de Defesa todos os elementos necessários à elucidação dos quesitos propostos.

Diante do exposto, indefere-se o pedido de produção de prova pericial, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA, *in verbis*:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação, mediante conferência dos arquivos eletrônicos Sintegra/SPED EFD, de que a Autuada, no período compreendido entre janeiro de 2011 a dezembro de 2011, recolheu ICMS a menor em razão de aproveitamento indevido de créditos do imposto provenientes do uso dos documentos fiscais, relacionados no Anexo 1, declarados ideologicamente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

falsos conforme Ato Declaratório número 12.298.010.000021, sendo que a Autuada foi intimada e não comprovou que as operações ocorreram como espelhadas nas notas fiscais.

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75.

PSF Embalagens Plásticas Ltda., CNPJ 42.964.593/00001-56 - IE 186.826218.00-65, e o seu sócio, Sr. Leôncio Corrêa Filho CPF 111285506-87, Metalpoli – Comércio de Metais de Polietileno Ltda.- ME, CNPJ. 07.642467/0001-84 - IE 001.008106.00-68 (com Inscrição Estadual cancelada) e o seu sócio, Sr. Júlio César Morito Pimentel, CPF 242266966-20, bem como os sócios administradores da Autuada, Srs. Edmar de Oliveira, CPF 625.332.666-04, e Egmar Linhares de Oliveira, CPF 766.410.586-20, foram inseridos no polo passivo da obrigação tributária em face das disposições contidas no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, inciso XII, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Como já salientado, às fls. 632, a Fiscalização lavrou Termo de Rerratificação de Auto de Infração para excluir do polo passivo a empresa PSF Embalagens Plásticas Ltda. e seu sócio Leôncio Correa Filho.

Os sócios da Autuada contestam a inclusão no polo passivo da obrigação tributária alegando que não há legitimidade para tanto, uma vez que não incorreram em responsabilidade conforme definido na legislação, não infringiram a lei e não praticaram atos de infração que pudessem resultar a eles atribuição de responsabilidade pelo crédito tributário.

Todavia, conforme provas acostadas aos autos, os fatos e atos praticados os enquadraram perfeitamente nos preceitos estabelecidos nesses dispositivos, atraindo a responsabilidade pelo crédito tributário neles prevista. Veja-se:

Como muito bem observado pela Fiscalização em sua manifestação fiscal, na impugnação inicial apresentada pela Autuada foram juntadas cópias reprográficas das notas fiscais e boletos bancários emitidos pela Metalpoli Ltda. em que figura como cedente a empresa Banminas e, a maior parte, representados por cópias reprográficas de notas fiscais e recibos do sacado, em que figura como beneficiário (sacador) a empresa PSF Embalagens Plásticas Ltda.

Em relação às demais “negociações”, que, em tese, foram emitidas duplicatas, tais não poderiam ser negociadas com terceiros (aquisição de créditos) na modalidade ao portador, infringindo o art. 19 da Lei nº 8.088/90, nos termos do qual as duplicatas teriam que ser endossadas em preto (nominativas), veja-se:

Art. 19. Todos os títulos, valores mobiliários e cambiais serão emitidos sempre sob a forma nominativa, sendo transmissíveis somente por endosso em preto.

Assim, os fatos acima bem retratam o envolvimento dos Coobrigados nos fatos constitutivos das obrigações tributárias ora exigidas em razão da constatação fática da realização das operações de forma fraudulenta, devidamente comprovada pelas provas e documentos carreados aos autos, e uma vez que não trouxeram aos autos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

elementos suficientes para afastar as suas responsabilidades, devem ser mantidos no polo passivo, a teor do disposto no art. 21, inciso XII, § 2º, inciso II e art. 207, § 1º, item 1, todos da Lei nº 6.763/75 e arts. 124, inciso I e 135, inciso III do Código Tributário nacional (CTN), *ipsis verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 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.

(...)

Art. 207. Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração:

1) conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

CTN

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

(...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

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

Ressalte-se que a empresa Metalpoli Ltda. teve sua inscrição estadual suspensa em 25/01/2012, fls. 92, por sua utilização com dolo ou fraude, a qual foi reativada em virtude de concessão de liminar em mandado de segurança em 28/02/2012 (fls. 41/42). Essa sentença foi reformada, em reexame necessário, pelo TJ/MG (fls. 46/51) cuja decisão reconheceu como bem fundamentadas as razões adotadas pelo Fisco em seu procedimento. Por pertinente, extrai-se do voto condutor do acórdão, de autoria da DESA. Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa (Relatora), o seguinte excerto (fls. 48):

(...)

ASSIM, CONCLUI-SE QUE A AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA NÃO PRATICOU QUALQUER ILEGALIDADE, TENDO APENAS CUMPRIDO O DISPOSTO NO ART. 108, INCISO II, ALÍNEA "F", DO REGULAMENTO DO ICMS/2002, 'IN VERBIS':

ART. 108. A INSCRIÇÃO SERÁ CANCELADA:

(...)

II - DE OFÍCIO, POR ATO DO CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA (AF) QUE CONCEDEU A INSCRIÇÃO, QUANDO:

(...)

F) FOR UTILIZADA COM DOLO OU FRAUDE;

(...)"

Assim, a inscrição estadual da Metalpoli Ltda. foi definitivamente cancelada em 14/04/2015 (fls. 92).

Destaque-se que os preceitos do art. 135 do CTN não excluem a aplicação do disposto no art. 124, inciso I, também do *Códex*, uma vez que as responsabilidades neles previstas podem operar distintamente ou concomitantemente na medida em que sejam devidamente apuradas.

Quanto ao mérito propriamente dito, tem-se que a autuação versa sobre a constatação, mediante conferência dos arquivos Sintegra/SPED EFD, de que a Autuada, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2011, recolheu ICMS a menor em razão de aproveitamento indevido de créditos do imposto destacados em notas fiscais emitidas por Metalpoli Comércio de Metais e Polietileno Ltda., inscrita em Minas Gerais sob o nº 001008106.00-68, declaradas ideologicamente falsas conforme Ato Declaratório 12.298.010.000021, publicado no Minas Gerais de 24/06/2015 (Obs.: a cópia dessa publicação pode ser verificada às fls. 306 do PTA nº 01.000377925-29, cujas exigências fiscais decorrem da mesma irregularidade, sendo autuada a própria empresa ora impugnante).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As respectivas cópias do arquivo Sintegra/SPED EFD com o registro de entrada constando os documentos declarados ideologicamente falsos e o histórico que levou à publicação do ato declaratório de inidoneidade, estão relacionados, respectivamente, no Anexo 1 (fls. 21/32) e Anexo 4 (fls. 35/92) do Auto de Infração.

Em sua defesa a Autuada alega a boa-fé e que não pode ser responsabilizada por declaração posterior de inidoneidade de documentos fiscais, especialmente quando comprovada a efetiva existência e pagamento dos negócios jurídicos e a circulação das mercadorias.

Cita doutrina e jurisprudência, reafirma sua condição de adquirente de boa-fé e defende que a multa isolada tem nítido caráter confiscatório.

A Lei nº 6.763/75, em seu art. 39, § 4º, inciso II assim trata a matéria, *ipsis litteris*:

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;

Conforme consta do expediente que fundamentou a publicação do ato declaratório de falsidade ideológica dos documentos emitidos por Metalpoli Ltda., parte constante do Anexo 4 do AI, a empresa, que teve sua inscrição estadual suspensa em 25/01/2012 por sua utilização com dolo ou fraude, impetrou mandado de segurança

e teve liminar concedida para sua reativação em 28/02/12, e manteve-se inscrita até 14/04/15, quando a inscrição foi cancelada em razão da sentença ter sido reformada, em reexame necessário, pelo TJ/MG (fls. 46/51).

A publicação do ato declaratório de falsidade ideológica dos documentos ocorreu em 24/06/15.

Registra-se que 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 e à motivação ensejadora da declaração de falsidade/inidoneidade dos respectivos documentos, mediante a sua publicação no Diário Oficial.

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

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, como o próprio nome diz, é de natureza declaratória e não constitutiva. 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 serem, os documentos fiscais, materialmente inábeis a acobertar as entradas das mercadorias e a legitimar o aproveitamento de créditos.

Destaca-se que os atos declaratórios foram publicados em datas anteriores ao início da ação fiscal, e nenhum deles foi objeto de impugnação, conforme previsão constante dos arts. 30, § 5º da Lei nº 6.763/75 e 134-A do RICMS/02, *verbis*:

Lei nº 6.763/75:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação.

(...)

§ 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.

RICMS/02:

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:

(...)

Em relação à exigência de estorno dos créditos, há que se observar que o aproveitamento de crédito do imposto é legítimo e legal, em observância ao princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal/88, veja-se:

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;

(...)

§ 2º - 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;

Todavia, o dispositivo transcrito deixa claro que a compensação prevista, a atender o princípio da não cumulatividade, será aquela efetuada em relação ao montante de imposto que seja objeto de cobrança nas operações anteriores.

O art. 23 da Lei Complementar nº 87/96 e o art. 30 da Lei nº 6.763/75, a seguir transcritos, estatuem 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:

Lei Complementar nº 87/96

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 6.763/75

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.

A Lei Complementar nº 87/96 introduziu a exigência de escrituração idônea, a fim de que a apuração do imposto devido pudesse prevalecer, mantendo a consonância com a Lei Federal nº 6.404/76 e os princípios contábeis geralmente aceitos.

Ainda nessa linha de condicionantes legais para o creditamento do imposto, dispõe o RICMS/02, em seu art. 70, inciso V que, na hipótese de declaração de falsidade documental, o crédito somente será admitido mediante prova inequívoca de que o imposto destacado tenha sido efetivamente pago na origem. Confira-se:

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; (Grifou-se)

É importante destacar que não foram anexados aos autos quaisquer comprovantes do recolhimento do imposto pago pelos remetentes das mercadorias, o que, segundo o inciso V do art. 70 do RICMS/02, legitimaria o creditamento pretendido.

Por outro lado, sendo a Autuada intimada a comprovar que as operações ocorreram como espelhadas nas notas fiscais, não logrou fazê-lo.

Ressalte-se que, na busca da verdade material, a 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 29/03/2017, fls. 652, deferiu o requerimento de juntada de documentos pela Autuada, para que esta pudesse fazer a comprovação de que os alegados pagamentos por ela realizados o foram para o emitente das notas fiscais objeto da autuação.

Foram juntados aos autos os documentos de fls. 656/1.307.

Entretanto, analisando essa documentação, assim se manifestou a Fiscalização (fls. 1.308/1.309):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Atendendo decisão do CC/MG. (Fls. 652) dos autos, em que foi deferida a juntada de documentos, como de fato ocorreu às (Fls. 653 a ...) temos a informar: pela terceira vez a autuada comparece aos autos apresentando cópias reprográficas de DANFE gerado em 29/04/2016 para emissões ocorridas em 03/01/2011 DANFE 000000588 e 19/12/2011 DANFE 000001477; juntou cópias reprográficas de boletos bancários em que figura como cedente a PSF Embalagens, títulos 633-1, 633-2, 634-1, 634-2, 664-1, 664-2...; cópias reprográficas de boletos bancários em que figura como cedente a Banminas, títulos 1399/1, 1399/2, 1405/1, 1405/2, 1418/1, 1418/2, 1436/1, 1436/2, 1446/1, 1450/1, 1450/2, 1451/1, 1451/2, 1457/1, 1457/2, 1464/1, 1477/1 e 1477/2;

Diante de tudo que foi demonstrado e provado, não é possível estabelecer correlação entre as DANFE emitidas pela Metalpoli e os “pagamentos”, cujas cópias reprográficas dos boletos bancários apresentadas ao CC/MG. demonstram que os cedentes foram PSF Embalagens e Banminas; que os DANFE foram gerados em 29/04/2016 para emissões ocorridas em 2011, demonstrando pela terceira vez que não possui os originais dos documentos; além do que não provou a circulação física das mercadorias, não apresentou prova inequívoca da liquidação dos valores das operações ao emitente e muito menos que o ICMS devido pela Metalpoli tivesse sido pago;”

Como bem apontado pela Fiscalização, não há a demonstração por parte da Autuada de que os pagamentos por ela efetuados, em razão das operações acobertadas pelas notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, o foram para a emitente Metalpoli Ltda.

Logo, tendo em vista que não foram apresentados comprovantes de que as transações e os respectivos pagamentos se deram em conformidade com os elementos descritos nas notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, ficando constatado que os pagamentos, regra geral, destinaram-se a terceira pessoa que não o emitente das notas fiscais, não é possível concluir que seja a Autuada uma adquirente de boa-fé, de acordo com o entendimento externado na Súmula nº 509 do STJ, que preceitua:

É LÍCITO AO COMERCIANTE DE BOA-FÉ APROVEITAR OS CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTES DE NOTA FISCAL POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA, QUANDO DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA.

Depreende-se do enunciado da Súmula nº 509 do STJ que a boa-fé do adquirente passa, necessariamente, pela comprovação da veracidade da compra e venda, pela efetiva realização do negócio jurídico com o vendedor da mercadoria cujas notas fiscais foram, posteriormente, declaradas inidôneas o que, reitera-se mais uma vez, não se verifica no caso em análise.

Nesse sentido, pertinente se faz a transcrição dos seguintes trechos da decisão proferida recentemente pelo Colendo Superior Tribunal na apreciação do Agravo de Instrumento nº 1.327.919/SP, de relatório do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.327.919 - SP
(2010/0124067-0)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : ANA CRISTINA LIVORATTI OLIVA
GARBELINI E OUTRO(S)

AGRAVADO : HOPI HARI S/A

ADVOGADO : LEANDRO BONVECHIO E OUTRO(S)

DECISÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. ORIENTAÇÃO FIRMADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

7. DE INÍCIO, DESTAQUE-SE QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO RECONHECEU EXPRESSAMENTE A BOA-FÉ DA TRIBUTADA, ORA RECORRIDA: OCORRE QUE A APELANTE LOGROU COMPROVAR A EFETIVA ENTRADA DAS MERCADORIAS NO SEU ESTABELECIMENTO, BEM ASSIM TER FEITO PAGAMENTO DOS PREÇOS CONSIGNADOS NAS NOTAS FISCAIS TIDAS COMO FALSAS.

(...)

3. IN CASU, O TRIBUNAL DE ORIGEM CONSIGNOU QUE: (...) OS DEMAIS ATOS DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE FORAM PUBLICADOS APÓS A REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES (FL. 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 (FLS. 35/162). NO QUE TOCA À PROVA DO PAGAMENTO, HÁ, NOS AUTOS, COMPROVANTES DE PAGAMENTO ÀS EMPRESAS CUJAS NOTAS FISCAIS FORAM DECLARADAS INIDÔNEAS (FLS. 163, 182, 183, 191, 204), SENDO A MATÉRIA INCONTROVERSA, COMO ADMITE O FISCO E ENTENDE O CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

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, LEGITIMA O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE ICMS.

(...)

9. ENTENDIMENTO, ALIÁS, SEDIMENTADO NA SÚMULA 509 DO STJ, NO SENTIDO DE QUE É LÍCITO AO COMERCIANTE DE BOA-FÉ APROVEITAR OS CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTES DE NOTA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FISCAL POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA, QUANDO DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA.

(...) (DESTACOU-SE)

Portanto, corretas as exigências fiscais da Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) do imposto devido, de acordo com o art. 56, inciso II e Multa Isolada de 50% (cinquenta por cento) do valor da operação, nos termos do art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75:

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;

(...)

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.

Por fim, acentue-se que não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multas previstas na legislação estadual e aplicadas nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75.

Cumprido registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. 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 consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme Termo de Rerratificação de fls. 632. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Erick de Paula Carmo (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 17 de agosto de 2017.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

MV