

Acórdão: 17.727/06/3^a Rito: Ordinário
Impugnação/Agr.: 40.010116178-61, 40.030118240-01
Impugnante/Agr.: Irmãos Bretas, Filhos e Cia Ltda
PTA/AI: 01.000150256-57
Inscr. Estadual: 701.087204.22-01
Origem: DF/ Uberaba

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. Dispensável a perícia requerida, vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, decorrentes de: 1) documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva entrada de mercadoria no estabelecimento; 2) falta da 1^a via do documento fiscal; 3) notas fiscais declaradas inidôneas; 4) aquisições de mercadorias destinadas a uso e consumo. Infrações caracterizadas nos termos dos artigos 62, 63, 69 e 70, incisos III, V, VI e XI todos do RICMS/02. Exigências de ICMS, MR e MI capituladas no artigo 55, incisos IV, X e XXVI, da Lei n^o 6763/75. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, nos períodos de agosto a dezembro/03 e janeiro a dezembro/04, em decorrência da apropriação indevida de créditos relativos a:

- 1- Notas fiscais provenientes de operações simuladas, cujos documentos não correspondem a uma efetiva entrada de mercadoria no estabelecimento (entrada fictícia);
- 2- falta de apresentação da primeira via do respectivo documento;
- 3- Notas fiscais declaradas inidôneas;
- 4- Entrada de mercadoria destinada a uso e consumo do estabelecimento.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 352 a 374, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1100 a 1113.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco reformulou o crédito tributário conforme demonstrativo de fls. 860/861. O Contribuinte se manifesta a respeito (fls.863/864).

A Auditoria Fiscal solicita diligência às fls. 1116, que resulta nas manifestações do Contribuinte (fls. 1120/1122) e do Fisco (1124/1126).

Indeferido o requerimento de prova pericial às fls. 1128, o mesmo foi agravado às fls. 1133 a 1142.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1146 a 1158, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 860/861.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial.

A investigação quanto ao lançamento do débito do ICMS nas saídas da unidade de origem (loja 17), mencionado no quesito 1, por si só, não constitui elemento suficiente a justificar ou validar o crédito aproveitamento pela Impugnante, haja vista a presença de elementos indicadores de simulação de operações de entrada, apontados pelo Fisco e não devidamente refutados pelo Contribuinte.

Da mesma forma, a análise da escrita fiscal da Impugnante (LRS, LRE ou LRAICMS), referente ao período fiscalizado, apontado no 2º quesito, também não se afigura procedimento que requeira perícia técnica, tampouco seja suficiente para afastar a acusação de simulação de operações mercantis.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, incisos I e II, da CLTA/MG.

DO MÉRITO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS no período de agosto a dezembro/03 e janeiro a dezembro/04, tendo em vista a apropriação indevida de créditos de ICMS relativos a: notas fiscais provenientes de operações simuladas, cujos documentos não correspondem a uma efetiva entrada de mercadoria no estabelecimento; falta da primeira via do documento fiscal; notas fiscais declaradas inidôneas e entrada de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento.

1) – Das operações simuladas (entradas fictícias).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A primeira acusação teve por ponto de partida a realização de diligência fiscal, efetuada *in loco*, com a finalidade de acompanhar, conhecer e registrar os procedimentos relacionados com o recebimento de mercadorias, inclusive as recebidas em transferência (controles internos), cuja medida foi descrita no Livro RUDFTO, no “Relatório de Verificação de Rotinas Relativas ao Recebimento de Mercadorias”, conforme se observa na cópia anexada às fls.20/21.

Da análise do citado Relatório, verifica-se que a empresa exerce um rigoroso controle interno no recebimento de mercadoria, obviamente, em função do volume de itens comercializados no estabelecimento, onde qualquer falha nos controles de recebimento poderia contribuir para o extravio de mercadorias e acarretar sérios prejuízos financeiros.

Importa assinalar que, em relação aos controles internos utilizados no estabelecimento, a própria impugnante faz referência a eles na peça defensiva ao afirmar, textualmente, que “no estabelecimento da autuada, a documentação obedece a toda uma tramitação interna, que pode ser assim sintetizada: as notas passam por um sistema de conferência e registro em livros próprios, para, posteriormente, ser efetuado o pagamento da fatura” (fl.359), reconhecendo, assim, a autenticidade e a veracidade das informações registradas no Relatório (fl.20/21). (g.n.)

Da leitura do referido Relatório (fls.20/21), como bem assinala o Fisco, verifica-se que a “tramitação interna”, adotada pela empresa no recebimento de mercadorias, inclusive pelas entradas em transferência, obedece aos seguintes passos:

1º - Conferência entre as notas fiscais e os pedidos correspondentes, realizada pelo encarregado-conferente;

2º - Confronto entre as mercadorias recebidas e o respectivo documento fiscal (conferência física), realizada pelo encarregado-conferente, com a aposição do carimbo de “RECEPÇÃO”, o qual contém a identificação da Loja “33” (vide fac-símile do carimbo à fl.21);

3º - Digitação dos documentos fiscais, realizada pelo digitador, com a aposição do carimbo “LANÇADO”, o qual contém a identificação da Loja “33” (vide fac-símile do carimbo à fl.21);

4º - Emissão do Boletim de Entrada/Saídas e conferência com os documentos de entradas correspondentes, realizada pelo Gerente operacional, com a aposição do carimbo personalizado e a respectiva assinatura de próprio punho (vide fac-símile do carimbo à fl.21, bem como a assinatura do gerente que acompanhou o trabalho do Fisco). Uma cópia do Boletim referente ao movimento do dia anterior à diligência foi anexada às fls.24 a 27, para exemplificar o procedimento;

5º - No final do expediente, os documentos são “vistados” pelo gerente operacional, acondicionados em envelopes pardos e remetidos para a Central – em Contagem – e as informações referentes aos documentos fiscais (resultante da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

digitação) são armazenadas em arquivos eletrônicos e transmitidas para a Central, via *on line*.

Da observância dos principais elementos indicativos dos controles internos, tais como: “vistos de conferência”, carimbo de “RECEPÇÃO 33”, carimbo “LANÇADO 33” e Carimbo e assinatura do Gerente, é perfeitamente possível identificar quais são os documentos que correspondem a uma efetiva entrada de mercadoria (entrada real), e quais se referem à entrada simulada (entrada fictícia), conforme se verá a seguir:

Visto de conferência – do exame dos documentos anexados às fls.29 a 109 verifica-se que os mesmos não possuem qualquer vestígio de conferência ou classificação, bastando a tanto, confrontar tais documentos com os anexados às fls.126 a 201 para perceber a ausência dos “traços” indicativos do “visto” (vide os campos: natureza da operação, CFOP, remetente, endereço, CEP, valor total da nota).

Carimbo de “LANÇADO” - A ausência deste elemento pode ser observada em todos os documentos relativos à entrada fictícia - fls.29 a 109 - (incidência de 100%). Diferentemente dos demais documentos examinados (entradas/transferências) onde se constata a existência do carimbo em todos eles (incidência de 100%) - vide notas fiscais fls.126 a 201, por amostragem.

Carimbo de “RECEPÇÃO” - Note-se que o carimbo apostado nas notas fiscais relativas às entradas fictícias (fls.29 a 109) não possui a identificação da “Loja”. Dado importante é que o mesmo carimbo foi utilizado tanto nos documentos fiscais, objeto de autuação, destinados à “Loja 21” (vide PTA 01.000150246.69 fls.67 a 105), quanto nos da “Loja 33”, a confirmação de que se trata do mesmo carimbo pode ser obtida por meio da observação dos seguintes detalhes: 1º) No numeral correspondente ao ano a mesma falha tipográfica existente nos dois zeros (2003 – 2004) se manteve em todos os documentos (fls.29 a 109); 2º); No numeral correspondente ao mês, relativamente a Junho a letra “n” foi completada à caneta (fls.83 a 92). A utilização de carimbo de recepção, sem a identificação da Loja – genérico – revela a intenção da autuada de revestir de “aparente regularidade” as operações fictícias.

No tocante ao 4º item, é importante ressaltar que, quando da verificação dos documentos de Entrada da Loja 21, referente ao mês de Agosto/03, o Fisco teve acesso aos “Boletim de Entradas/Saídas” (vide PTA 01.000150246.69), por meio dos quais se observa que todos os documentos correspondentes às reais operações (Entradas, Saídas, Transferências) se encontram registrados, tanto no referido Boletim - vide fls.21 a 58 – quanto no LRE – fls.124 a 166 - EXCETO em relação às notas fiscais de entrada/transferência anexadas naquele PTA às fls. 67 a 71, comprovando a ficção das operações.

Assinatura do gerente – Quanto a este quesito, importa ressaltar que a ausência dos elementos indicativos dos controles internos é agravada pela constatação da ocorrência da prática, pela autuada, de um ilícito penal típico da falsidade ideológica, fato comprovado por meio da simples comparação entre as assinaturas consignadas nos documentos relativos às operações fictícias (fls.29 a 109) e as

referentes às entradas reais (fls. 126 e 181, anexados por amostragem). Vale acrescentar que, embora o suposto infrator tenha tido o cuidado de utilizar carimbo personalizado semelhante, não foi possível manter a mesma habilidade em relação à autenticidade da assinatura, pois conforme se observa a diferença entre as mesmas é tão evidente que dispensa qualquer tipo de exame ou perícia. Diante disso, a alegação da impugnante de que tais “notas fiscais apresentam carimbos e assinatura do gerente responsável” é, seguramente, inverídica e infundada.

Outro fato relevante verificado nos documentos fiscais de fls. 29/129 é a ausência, em sua totalidade, de carimbo de Postos de Fiscalização existentes no itinerário, que no caso dos autos, entre Contagem e Uberaba, são dois postos fiscais, diferentemente das notas fiscais relativas às entradas reais, nas quais se percebe a aposição dos citados carimbos, conforme amostragem dos documentos de fls.144 a 194.

Mediante simples exame visual dos documentos referentes às entradas fictícias (fls.29 a 109), nota-se, também, que os mesmos não apresentam nenhuma das características próprias das notas fiscais “viajadas”, quais sejam: amassaduras, carimbos, dobras, sujeiras, fato que reforça o entendimento de que a emissão das mesmas ocorreu com uma única e exclusiva finalidade: a de fornecer crédito para o destinatário (autuada).

Os supostos comprovantes de “pagamento das faturas”, anexados pela autuada, não possuem valor probante da efetividade das operações, haja vista o grande número de elementos indicativos da simulação; outrossim, se referidas operações (entradas/transferências) estão maculadas pelo vício da simulação, reflexamente, todos os demais atos padecem do mesmo vício.

Necessário assinalar que as falhas materiais, apontadas pela impugnante, decorrentes de erro de digitação, referentes às notas fiscais 002.236 (fl. 409) e 010.984 (fl. 417), foram sanadas pelo Fisco, conforme demonstrado às fls.860/861.

Diante de tais elementos, conclui-se, portanto, que não tendo havido a entrada e/ou aquisição de mercadoria destinada à revenda, e sim entradas fictícias, simuladas, em observância ao princípio da não-cumulatividade do imposto, não há que se falar em apropriação do ICMS ali destacado, legitimando, assim, o estorno do crédito decorrente de tais documentos fiscais, conforme valores demonstrados na planilha 1 (fl.s 09/10), cumulado com a cobrança da MR e Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso IV da Lei 6763/75.

2 – Da falta da 1ª via do documento fiscal

Mediante conferência dos livros e documentos fiscais da Autuada, o Fisco constatou, também, a falta de apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais relacionados na Planilha 2 (fl. 11), cujos dados foram extraídos das quintas vias, anexas às fls.112 a 116.

Para fazer jus ao crédito do ICMS é condição essencial a obediência aos ditames legais, conforme preceitua o art. 30 da Lei Estadual 6763/75, bem como, a

observância de normas regulamentares, no caso, a do art. 63 do RICMS/02, a qual determina que o *abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente será permitido mediante a apresentação da 1ª via do documento fiscal*, salvo as exceções previstas na legislação tributária, o que não ocorreu no caso dos autos.

Verifica-se, pois, infração aos dispositivos supracitados, contrariando também a regra do artigo 70, inciso VI do RICMS/ 02.

Ademais, a teor do art. 140 do RICMS/02, as diversas vias do documento fiscal não se substituirão em suas respectivas funções. Assim sendo, a reapresentação das 5ª vias dos documentos fiscais nº152.331 e 019.907 (fls.697/698) não elide a infração.

Por conseguinte, tendo em vista o disposto no art. 70, VI do RICMS/02, reputa-se correta a glosa de tais créditos, cumulada com a aplicação da Multa de Revalidação, valendo ressaltar que, embora capitulada a Multa Isolada (art. 55, XXVI da Lei 6763/75 – fl. 11), esta não foi cobrada, mesmo por que passou a vigorar em data posterior a da apropriação indevida dos créditos, ou seja, a partir de 01/11/03.

3 – dos documentos fiscais declarados inidôneos

A terceira irregularidade descrita no AI em apreciação versa sobre aproveitamento de créditos de ICMS oriundos de documentos fiscais declarados inidôneos, conforme valores mencionados na Planilha 3 (fl. 12) e Atos Declaratórios de Inidoneidade de fls. 123/124.

Ressalte-se que, tais documentos, juntados às fls.118/122, além de comprovadamente inidôneos, o que por si só justifica o estorno do crédito por força do disposto no inciso V do art. 70 do RICMS/02, também, possuem as mesmas características dos relativos às entradas fictas (ausência dos elementos indicativos dos controles internos e de carimbos dos Postos de Fiscalização existentes no itinerário).

A Impugnante tenta se eximir da acusação que lhe foi imputada alegando, em síntese, que agira de boa-fé, que não há possibilidade de o Ato Declaratório retroagir seus efeitos, vez que ao tempo da emissão dos documentos fiscais os contribuintes emitentes tinham situação tributária regular e que todas as operações realizadas entre as partes efetivamente ocorreram.

Quanto à alegada boa-fé, torna-se imperioso ressaltar que, em se tratando de matéria tributária, tal conduta constitui fator irrelevante na caracterização da responsabilidade pela infração, haja vista o disposto no art. 136, do CTN.

Por outro lado, importa assinalar que não foi a publicação do Ato Declaratório de Inidoneidade, em si, que passou a caracterizar esses documentos como inidôneos, mas os vícios, que desde o nascedouro, já possuíam as notas fiscais, ou seja, foram emitidos por contribuintes que encerraram as suas atividades de forma irregular.

Saliente-se que a inidoneidade documental decorre da consumação de qualquer uma das hipóteses previstas na legislação tributária, notadamente aquelas elencadas no art. 134, do RICMS/02.

Desse modo, restando constatada qualquer uma das circunstâncias ali mencionadas, configura-se, no mundo jurídico, a inidoneidade do documento, para produzir os efeitos que lhes são próprios, independentemente da publicação de qualquer ato administrativo, mesmo porque não existe previsão legal que estabeleça tal condição.

Ao contrário, determina o parágrafo único do art. 135 do RICMS/02, que, em sendo constatada a falsidade ou a inidoneidade do documento fiscal, nos termos previstos nos arts. 133 e 134 do citado Regulamento, a ação fiscal independe de ato declaratório prévio que o tenha considerado falso ou inidôneo.

Por conseguinte, ainda que o Ato Declaratório tenha sido publicado em data posterior à da emissão das notas fiscais, os fatos apurados nos autos atestam que os documentos fiscais aqui arrolados já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade para gerar crédito, por força do disposto no art. 134, § 1º, inciso I c/c art. 70, V, ambos do RICMS/02.

Impende reforçar que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, não está condicionado ao simples destaque do imposto ou ao pagamento do valor das operações, mas sim à idoneidade do documento fiscal, conforme preceitua o art. 69 do RICMS/02, sendo que, na espécie, este direito somente poderia ser restabelecido com a prova do pagamento integral do imposto, devido pelos emitentes das notas fiscais aqui arroladas, tal como ressalva o inciso V, do art. 70, do RICMS/02. Porém, nenhuma prova neste sentido foi juntada aos autos.

Reputa-se, pois, configurada a infração.

4- da entrada de mercadorias destinadas a uso e consumo

Trata-se de apropriação de crédito de imposto de materiais/mercadorias recebidas em transferência, em operações internas, tais como: bobina picotada verdura, papel presente couche, sacos plásticos para pão e sacolas boca caixa, procedimento que está expressamente vedado pela legislação mineira, cuja entrada ocorrer até 31 de dezembro de 2006 (art.70, inciso III do RICMS/02).

As exigências apuradas encontram demonstradas na Planilha 4 (fls.13 a 15) e correspondem aos valores indevidamente apropriados, lançados no LRE (fls.202/346) e nas notas fiscais anexadas às fls.126 a 201, por amostra.

Importa salientar que o estorno ocorreu apenas em relação a alguns materiais/mercadorias, cuja destinação pode ser comprovada pela simples descrição das mercadorias, utilizadas pelos consumidores para transportarem suas compras, não se enquadrando, portanto, no conceito de embalagem ou matéria-prima, como quer a impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importa esclarecer que os materiais mostrados nas fotos, tais como: bandejas de isopor, filme esticável PVC, forma papel Panetone, entre outros, não foram objeto de estorno de crédito.

Em relação à NF nº 189355 (fl.129), houve glosa integral do crédito, quando apenas alguns itens eram objeto de estorno: bobina picotada verdura, papel presente e sacola boca de caixa, falha sanada pelo Fisco, ensejando a alteração do valor do imposto a ser estornado (de R\$825,60 para R\$741,42), conforme fls.860/861.

Caracterizada a infração, afigura-se correta a exigência do imposto, MR e MI prevista no art. 55, XXVI, da Lei 6763/75, cobrada a partir de 01/11/03.

A aplicação da Taxa SELIC sobre o crédito tributário, advém da Lei Federal nº 9.065/95 que expressamente determinou a incidência da Taxa SELIC a título de juros pelo não pagamento do crédito tributário pago no respectivo vencimento, o que foi também adotado pela Lei Mineira (art. 226, parágrafo único, da Lei n. 6763/75), não se constituindo, portanto, em nenhuma ilegalidade, como afirma a Impugnante.

Assim, restando caracterizadas as infrações, reputa-se legítimo o crédito tributário, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 860/861.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao agravo Retido. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 860/861. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Elcio Reis. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 24/08/06.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente

Lúcia Maria Bizzotto Randazzo
Relatora

LMBR/EJ