

Acórdão: 16.254/05/2ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010111814-19 (Aut.), 40.010113082-31 (Coob.)
Impugnantes: Poliprene Artefatos de Borracha Ltda (Aut.), Ilacir Bicalho de Barros (Coob.)
Proc. S. Passivo: Cláudia Horta de Queiroz (Aut. E Coob.)
PTA/AI: 01.000143282-14
Inscr. Estadual: 578.908669.0070 (Aut.)
CPF: 156.205.146-68 (Coob.)
Origem: DF/BH-4

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO - Nos termos do art. 70, inciso V, da Parte Geral do RICMS/96, a única hipótese em que se poderia admitir o crédito de ICMS destacado em documento fiscal declarado inidôneo, seria mediante prova inequívoca de que o imposto devido pelo emitente fora integralmente pago. Uma vez não observado esse requisito torna-se correto o estorno do imposto procedido pelo Fisco. Razões de defesa insuficientes para elidir o feito.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DA 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL - O art. 70, inciso VI, do RICMS/96, veda o aproveitamento de imposto a título de crédito no caso do contribuinte não possuir a 1ª via do documento fiscal. Reformulação do crédito tributário procedida pelo fisco em virtude da constatação de erro de cálculo do imposto devido. Exigências parcialmente mantidas.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COBRIGADO - SOLIDARIEDADE - Uma vez constatado que foi outorgado ao Coobrigado amplos e gerais poderes de administração, deve o mesmo responder pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, conforme preceitua o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Exclusão de parte do crédito tributário em relação ao mesmo, eis que constatado a decadência prevista no artigo 173, inciso I, do CTN.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS em razão de aproveitamento de crédito do imposto destacado em notas fiscais declaradas inidôneas bem como a não apresentação da 1ª via de nota fiscal de aquisição, caracterizando o seu extravio.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 217/237.

Afirma que o Fisco não promoveu a correta investigação dos fatos, merecendo o lançamento fiscal, no mínimo, revisão na forma do art. 149 do CTN.

Diz que as exigências fiscais implicam em descumprimento do princípio constitucional da não-cumulatividade, sendo que para haver o direito de compensação de créditos de ICMS basta que a contribuinte tenha suportado o ônus do imposto pago na operação anterior, salvo as hipóteses de isenção e não-incidência.

Assevera que apesar do disposto no art. 23 da LC 87/96, a falta de exibição das primeiras vias dos documentos fiscais não é fato impeditivo do exercício do direito de se creditar do ICMS pago na operação anterior, porquanto, não afetam a materialidade dos créditos de ICMS, que poderia ser aferida por outros documentos da contribuinte, tais como livros Diário e Caixa, além das notas fiscais de saída.

Ressalta que os atos declaratórios de inidoneidade foram publicados em data posterior às aquisições das mercadorias e que a adquirente arcou com o pagamento do ICMS pago na operação anterior, motivos que impedem a glosa dos créditos. Cita decisões judiciais e administrativas e acrescenta que agiu de boa-fé e que não possui poder de polícia para fiscalizar seus fornecedores.

Aduz que houve erro de cálculo da MI relativa à falta de apresentação da 1ª via das notas fiscais e que a capitulação das multas isoladas (art. 55, X, XII) está incorreta, sendo que deveria ter sido aplicada a redução de 20% prevista no art. 55, II, "a", da Lei 6763/75.

Assevera que as multas têm caráter confiscatório e que a utilização da taxa Selic para cálculo dos juros moratórios é ilegal.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 992.

O Coobrigado, também, apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1017/1024.

Alega que na qualidade de Procurador, exerce os poderes que lhe foram outorgados por instrumento público lavrado em cartório, contribuindo com a administração da empresa, mas que nada lhe pode ser imputado que configure atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto.

Com base no art. 10 do Decreto 3708/1919; art. 4º, § 2º, da Lei 6830/1980 e artigos 134 e 135 do CTN, aduz que a responsabilidade do procurador é subsidiária e que a responsabilidade solidária e pessoal somente lhe poderia ser atribuída se fosse sócio-gerente da empresa, o que não é o caso. Cita decisões judiciais a respeito da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requer, ao final, sua exclusão do pólo passivo da obrigação.

O Fisco, em manifestação de fls. 1007/1012 e 1028/1030, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que houve erro de cálculo do ICMS, MR e MI em relação ao extravio das notas fiscais, motivo que levou a retificação do crédito tributário, conforme quadros de fls. 1000/1006.

Aduz que o estorno levado a efeito encontra amparo no art. 23 da LC 87/96, não havendo que se falar em presunção.

Quanto aos atos declaratórios de inidoneidade salienta que os mesmos produzem efeitos "ex tunc", sendo que sua publicação visa tão somente tornar pública e oficial uma situação preexistente.

Diz que a aplicação das multas isoladas e da taxa Selic tem amparo na legislação tributária em vigor.

Ressalta que a imputação da responsabilidade tributária ao mandatário da empresa é pessoal e encontra-se prevista no art. 135 do CTN e art. 21, § 2º, II, da Lei 6763/75.

Salienta que embora a Procuração de fls. 208 seja suficiente para imputar a responsabilidade do mandatário, encontra-se anexado aos autos (fls. 209/210) Contrato de Locação de imóvel tendo como locador "Poliprene Indústria e Comércio" cujo sócio majoritário é o ora coobrigado, Sr. Ilacir Bicalho de Barros, e como locatária a Autuada, locação essa feita sem ônus para o locatário e no mesmo endereço onde anteriormente funcionava a Poliprene Indústria e Comércio que a partir dessa data "paralisou" suas atividades passando a entregar DAPIs sem movimentação.

Requer a procedência parcial da Impugnação, conforme demonstrativo de fls. 1003 dos autos.

Tendo em vista a reformulação efetuada pelo Fisco foi concedido vista dos autos à Impugnante que se manifesta às fls. 999 aduzindo que a reformulação apenas importou na retificação de erro evidente da soma dos valores glosados sob a rubrica de falta da primeira via de notas fiscais, motivo pelo qual ratifica sua peça defensiva.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1031/1037, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 1003 (DCMM fls. 1004/1006), observando-se ainda que a responsabilidade tributária do Coobrigado deve se restringir aos fatos geradores ocorridos a partir do mês de dezembro de 1998.

A 1ª Câmara de Julgamento determinou a diligência de fls. 1038, sobre a qual o Autuado e Coobrigado não se manifestam. A Autuada requer às fls. 1049 a juntada de instrumento de substabelecimento. A Auditoria Fiscal ratifica seu entendimento anterior (fls. 1052).

DECISÃO

DO MÉRITO

A primeira irregularidade apontada no AI se refere ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados em notas fiscais declaradas inidôneas arroladas no Anexo III (fls. 127/128), emitidas no período de janeiro/2002 a maio/2003, sendo que o imposto devido foi levado a efeito na VFA de fls. 125 dos autos.

Ressalte-se que o ato declaratório de inidoneidade decorre da realização de diligência especialmente efetuada para a investigação da real situação do contribuinte e das operações por ele praticadas.

Detectada a ocorrência de quaisquer das situações irregulares arroladas no art. 3º da Resolução nº 1.926/89, é providenciado o respectivo ato declaratório, nos termos do art. 1º da aludida norma legal.

Segundo ensina Aliomar Baleeiro:

“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)”.

Desse modo, verifica-se que os documentos declarados inidôneos ao serem emitidos já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade legal, sendo referidos atos declaratórios publicados no Diário Oficial do Estado visando, tão-somente, tornar pública e oficial uma situação preexistente.

Registre-se que os mesmos encontram-se anexados aos autos (tela SICAF fls. 129/137) juntamente com as respectivas notas fiscais (fls. 138/177), e foram devidamente publicados em data anterior ao início da ação fiscal consubstanciada na intimação do TIAF em 19-09-03 (fls. 09), exceção feita aos atos declaratórios das empresas SIDERGUSA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA (fls. 131) e COMERCIAL PLANAFER LTDA (fls. 132), que mesmo assim foram publicados antes da intimação do Auto de Infração.

Insta destacar que consta de cada um dos respectivos atos declaratórios os motivos ensejadores da inidoneidade bem como a data de sua publicação.

Vale salientar que a teor do estatuído no art. 70, inciso V, da Parte Geral do RICMS/96, a única hipótese em que se poderia admitir o crédito de ICMS destacado em documento fiscal declarado inidôneo, seria mediante prova inequívoca de que o imposto devido pelo emitente fora integralmente pago, prova essa não produzida nos autos pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescente-se que o trabalho fiscal encontra-se respaldado também no art. 30 da Lei nº 6.763/75 que preceitua que:

"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 da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação." (GN)

Nesse sentido, mostra-se inoperante a tentativa da Contribuinte em querer atestar a efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento ou mesmo a realização do negócio jurídico.

Quanto a multa isolada, verifica-se que o Fisco corretamente aplicou a penalidade de 40% prevista no art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75, pela utilização dos documentos inidôneos, não sendo, portanto, o caso de se aplicar a redução a 20% a que se refere o art. 55, II, "a", citado pela Impugnante.

Assim, as exigências de ICMS, MR (50%) e MI devem ser mantidas.

Já a segunda irregularidade discriminada no AI se refere ao extravio da 1ª via das notas fiscais de aquisição de mercadorias, emitidas no período de janeiro/1998 a abril/2002, arroladas no Anexo I (fls. 17/21), as quais foram solicitadas pelo Fisco mediante o termo de intimação de 29-07-03 (fls. 21).

Infere-se que o trabalho fiscal encontra amparo no art. 70, inciso VI, do RICMS/96, que expressamente veda o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

"VI - o contribuinte não possuir a 1ª via do documento fiscal, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia do documento, com pronunciamento do fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária da circunscrição do contribuinte;"

Ressalte-se que esse disciplinamento é oriundo do art. 23 da LC 87/96 e art. 30 da Lei 6763/75, não havendo, pois, que se falar em quebra do princípio constitucional da não-cumulatividade.

Acrescente-se que os documentos de fls. 22/31 dos autos atestam que as notas fiscais objeto da presente irregularidade foram objeto de *denúncia espontânea* protocolizada em 11-08-03, mas cujo REQUERIMENTO DE PARCELAMENTO foi indeferido em 17-09-03, nos termos do art. 169, inciso II, da CLTA/MG, fato que caracteriza que a mesma não produziu efeitos legais, eis que não foi regularmente complementada, o que gerou a intimação do TIAF em 19-09-03 (fls. 09).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale destacar ainda que às fls. 1000/1006 o Fisco procedeu a reformulação do crédito tributário, tendo em vista a constatação de erros de cálculo no respectivo quadro original de fls. 17/21, sendo que a Contribuinte foi regularmente intimada dessa alteração, mas não apontou qualquer outra anomalia no aludido demonstrativo.

Quanto a penalidade isolada, infere-se que o Fisco corretamente aplicou a multa prevista no art. 55, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, pelo extravio das notas fiscais de aquisição, a saber: (*Efeitos a partir de 1º/11/2003 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, inciso I, ambos da Lei 14.699/03*):

"XII - por extraviar, adulterar ou inutilizar documento fiscal, bem como não entregá-lo após a aplicação da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, apurada ou arbitrada pelo Fisco;" (gn)

Ressalte-se que não foi aplicada a penalidade do art. 54, VII, da Lei nº 6.763/75, *pela não entrega do documento fiscal*, mesmo porque a acusação última constante do AI é outra, qual seja, de que houve o EXTRAVIO das notas fiscais.

Assim, as exigências remanescentes de ICMS, MR (50%) e MI devem prevalecer.

Relativamente ao Coobrigado, Sr. Ilacir Bicalho de Barros, verifica-se que o mesmo é o efetivo "representante/gestor de negócios da empresa", conforme instrumento de Procuração de fls. 208 lavrado em cartório em 25-09-1995, o qual lhe outorga "*amplos e gerais poderes de administração*", circunstância que justifica seu arrolamento no pólo passivo da obrigação tributária, a teor do disposto no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, devidamente capitulado no AI.

Acrescente-se que analisando-se a legislação em vigor neste Estado verifica-se que a responsabilidade tributária é tratada pelo art. 21 da Lei nº 6.763/75, cujo *caput* estabelece que todas as pessoas ali arroladas são "*solidariamente*" responsáveis pela obrigação tributária.

Assim, considerando que a solidariedade definida no citado artigo não é uma forma de inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação, mas tão-somente uma maneira de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o pólo passivo, infere-se que o aludido Coobrigado é "pessoalmente responsável" pelo crédito tributário, haja vista que nos termos do citado art. 21, § 2º, inciso II, da Lei 6763/75, restou comprovado nos autos a "infração de lei" caracterizada pelo recolhimento a menor do imposto, em face da utilização de notas fiscais inidôneas bem como o extravio de documentos fiscais.

Não obstante, importante torna-se destacar que conforme AR de fls. 1016, o Coobrigado somente foi intimado da lavratura do Auto de Infração em 11-05-2004, motivo pelo qual os fatos geradores ocorridos até 30-11-1998 encontram-se decaídos em relação ao mesmo, por força do disposto no art. 59, § 1º, item 2, alínea "a", da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CLTA/MG, combinado com o art. 173, inciso I, do CTN, o que, entretanto, não se verifica em relação ao Autuado, eis que este foi pessoalmente intimado da lavratura do AI em 12-12-2003, conforme documento de fls. 04 dos autos.

No tocante aos fatos geradores ocorridos no decorrer do mês de dezembro/1998, as exigências devem prevalecer, haja vista que a apuração e respectivo pagamento do imposto pela Contribuinte somente poderia ter sido efetuada a partir de janeiro/1999 e, sendo assim, a contagem do prazo decadencial para o lançamento, nos termos do citado artigo 173, inciso I, do CTN, iniciou-se em 01-01-2000, encerrando-se em 31-12-2004, posteriormente, pois, às respectivas intimações da peça fiscal a ambos os sujeitos passivos.

Por fim, no que concerne à multa de revalidação, infere-se que a mesma é prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas, face ao disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG, o mesmo ocorrendo em relação à taxa SELIC para cálculo dos juros moratórios, cuja utilização encontra respaldo na Resolução 2.880/97 c/c os artigos 127 e 226 da Lei nº 6.763/75.

A 1ª Câmara de Julgamento deste Conselho, às fls. 1038, determinou a realização de diligência, com retorno dos autos à origem, para reabertura de prazo de 30 (trinta) dias, para recolhimento do ICMS e acréscimos legais, excluídas as penalidades aplicadas, em relação às aquisições originárias das empresas Sidergusa Indústria e Comércio Ltda e Comercial Planafér Ltda, tendo em vista que a publicação dos atos declaratórios se deu após a emissão do TIAF. Contudo a Autuada e o Coobrigado não se manifestam.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1000/1003, e ainda, para restringir a responsabilidade tributária do coobrigado aos fatos geradores ocorridos a partir do mês de dezembro de 1998. O Conselheiro Sérgio Torres Moreira absteve-se de votar por motivo de ausência. Participou do julgamento, além dos signatários, o Conselheiro Windson Luiz da Silva (Revisor).

Sala das Sessões, 28/03/05.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator