

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.994/10/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162462-58
Impugnação: 40.010126070-37
Impugnante: Alcicla Indústria e Comércio S/A
IE: 186969452.01-61
Proc. S. Passivo: Marcelo Tostes de Castro Maia/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – OPERAÇÃO QUE NÃO CORRESPONDE A UMA EFETIVA ENTRADA DE MERCADORIA - SUCATAS. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas ideologicamente falsas e que não correspondiam a real operação. Os documentos carreados aos autos pela Impugnante não são suficientes à comprovação da ocorrência das operações. **Infração caracterizada. Legítimas as exigências fiscais de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI. Lançamento procedente. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca de falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS, nos meses de julho a dezembro de 2006, em face da imputação fiscal de simulação de operações interestaduais para aquisição de sucatas acobertadas por notas fiscais declaradas ideologicamente falsas e que não correspondem a real operação, conforme diligências, análises e verificações fiscais, corroborada com a afirmação do Bradesco - Banco Brasileiro de Desconto - de que não foram certificados ou recolhidos os impostos destacados nas respectivas notas fiscais.

Exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada, capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 405/421, resumidamente, aos argumentos seguintes:

- atua no ramo industrial, tendo como atividade principal "*a industrialização de alumínio em geral de lingote de alumínio, próprio ou de terceiros, o comércio, importação e exportação de metais não ferrosos, o transporte de mercadoria própria ou de terceiros*", e, em pleno exercício de suas atividades, adquire de fornecedores situados em vários Estados, sucatas de alumínio que seriam industrializadas e/ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comercializadas com os setores siderúrgico e metalúrgico, conforme demonstrativo de fl. 406;

- no decorrer de suas atividades foi procurada por representantes da Máxima Comércio e Distribuição de Metais Ltda., que lhe propuseram fornecer sucata;

- tendo em vista tratar-se de empresa situada fora de Minas Gerais, de forma prudente consultou o Sintegra, que demonstrava que referida empresa à época possuía a situação cadastral habilitada, ou seja, encontrava-se apta a atuar no mercado;

- por se tratar de saída de sucata para fora do Estado, o recolhimento do ICMS deve ser feito antecipadamente, conforme dispõe o Convênio nº 09/76. Assim, realizou o pagamento das notas fiscais (ali embutido o ICMS) emitidas pela fornecedora, mas foi surpreendida com a autuação promovendo o estornos dos créditos;

- a Constituição da República de 1988 determinou, em seu art. 155, II, § 2º, a não cumulatividade do imposto e, em sintonia com a Carta Magna, o art. 19 da Lei Complementar nº 87/96 reitera a natureza não-cumulativa do ICMS, sendo seguido pelo art. 62 do Decreto nº 43.080/02 (Regulamento do ICMS Estadual);

- deste modo, o adquirente da mercadoria tem o direito de creditar-se do imposto cobrado na operação de saída do bem para o seu estabelecimento;

- no caso, adquiriu diversos materiais de seu fornecedor, cujo recolhimento do ICMS foi antecipado por este que efetuou o destaque do imposto nas notas fiscais, não consignando, nos referidos documentos, qualquer isenção, suspensão ou outro regime de recolhimento a que estivessem sujeitos os bens comercializados;

- efetivamente pagou à fornecedora as mercadorias adquiridas, sendo inegável o direito ao creditamento do imposto destacado nas notas fiscais de entrada;

- o Fisco mineiro, ao lavrar o presente Auto de Infração, descaracterizou as notas fiscais emitidas pela sua fornecedora, por serem supostamente inidôneas e, acima de tudo, por não ter ocorrido o pagamento antecipado do ICMS;

- quando o comprador adquire a mercadoria, ele já está pagando pelo ICMS, porquanto o valor do imposto está embutido no preço por ele pago, por isso, é gerado ao adquirente da mercadoria, contribuinte do referido tributo, crédito correspondente ao valor do imposto destacado na nota fiscal emitida pelo vendedor;

- a irregularidade praticada pelo emitente da nota fiscal não influencia o direito creditório;

- cita jurisprudência sobre o tema para sustentar que, mesmo sendo as notas fiscais decorrentes dos negócios praticados pelas partes consideradas inidôneas pelo Fisco mineiro, o adquirente de boa-fé tem o direito do crédito do ICMS;

- o ato declaratório só produz efeitos após sua publicação, que no caso ocorreu mais de 30 (trinta) meses após concluídos os negócios, porém, a Fiscalização, de modo desarrazoado, ilegal e inconstitucional, estornou os créditos relativos à entrada das mercadorias, alegando que tais produtos estavam acobertados por nota fiscal inidônea;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- discorre sobre o princípio da boa fé e da proteção da confiança, citando doutrina sobre o tema, para concluir que este não foi observado por parte do Fisco Mineiro, pois, no caso sob análise, não tinha como saber se a empresa fornecedora não quitou o ICMS referente à operação realizada entre as partes, até mesmo porque quitou todas as notas fiscais, nelas embutidos o ICMS;

- ademais, falta ao terceiro envolvido, poder de polícia para fiscalizar, que é conferido apenas à Administração Tributária, esta sim detentora de competência e, sobretudo, de todas as prerrogativas e os instrumentos necessários para fiscalizar;

- a Constituição Federal consagra o princípio constitucional da liberdade de exercício de atividade econômica (parágrafo único do art. 170), não podendo ser restringido pelo entendimento do ilustre auditor de que é culpada por não ter "checado/investigado" para saber maiores informações de seus clientes;

- não existe nenhuma norma legal que a obrigue a fiscalizar clientes;

- discorre sobre as multas exigidas afirmando terem estas desrespeitado os princípios da proporcionalidade e do não confisco, e faltar-lhes a adequação e a razoabilidade/justa medida.

Ao final, requer seja cancelado Auto de Infração e que seja deferida prova pericial, para a comprovação efetiva de que os valores cobrados pela empresa paulista nas notas fiscais por ela emitidas foram quitados, assim como para demonstrar que tomou todas as medidas possíveis para evitar o ocorrido, agindo em total boa fé.

Por derradeiro, requer a posterior juntada dos extratos bancários que comprovam que pagou para a Máxima Comércio e Distribuição de Metais Ltda. os valores referentes às notas fiscais que ensejaram o presente Auto de Infração.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 504/512, contrariamente ao alegado pela defesa, aos argumentos seguintes:

- inicialmente, procura esclarecer os quesitos formulados pela Impugnante;

- a autuação versou sobre a utilização de documentos ideologicamente falsos e o ato declaratório foi devidamente publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, em 02/04/09, o qual poderia ser contestado por qualquer interessado;

- as provas documentais carreadas aos autos não corroboram a boa fé da Impugnante, pois desde 18 de agosto de 2009, ela foi intimada a comprovar as operações realizadas, sem que em tempo algum se preocupasse em fazê-lo;

- qualquer ato administrativo ou contábil como a aquisição de mercadorias dos mais variados fornecedores deverá estar devidamente suportado pela documentação comprobatória de que a operação ocorreu. Afinal, a qualquer momento o adquirente poderá ser chamado, não só pelo Fisco, mas por qualquer outro de direito, a comprovar a realização e quitação das operações e o conseqüente desembolso dos recursos;

- a própria Impugnante admite que é comum nesse setor de sucatas a ocorrência de fornecedores inescrupulosos, motivo mais do que suficiente para tomar as medidas necessárias à comprovação das operações, portanto, pouco valendo as citações

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

doutrinárias e as decisões judiciais transcritas, pois todas elas realçam a necessidade de comprovação inequívoca das transações comerciais, não tendo a Autuada em tempo algum logrado êxito nesse sentido;

- cita o art. 70, inciso V, Parte Geral do RICMS/02;
- os créditos, portanto, foram devidamente estornados, tendo em vista que o Contribuinte em tempo algum comprovou que os impostos foram pagos na origem, ao contrário, pois a própria Autuada admite que as guias de pagamento do ICMS que acompanharam as notas fiscais em operações interestaduais foram fraudadas;
- os documentos já nasceram inquinados vício substancial insanável, característica que lhe retira toda a validade legal, sendo os referidos atos declaratórios publicados, tão somente, para tornar pública e oficial uma situação preexistente;
- o trabalho fiscal encontra-se respaldado no art. 30 da Lei nº 6.763/75, mostrando-se sem fundamentação legal a tentativa de atestar que ao direito ao crédito não cabem restrições;
- não se trata de fiscalizar a fornecedora, mas de exigir o comprovante de sua regular situação perante o Fisco, nos termos do art. 96 do RICMS/02;
- o Contribuinte deveria simplesmente exigir prova de regularidade de situação de seu fornecedor para com a Fazenda Pública Estadual, bem como informar-se a respeito da idoneidade do documento fiscal que foi utilizado na entrada de mercadoria em seu estabelecimento, ainda mais em um setor onde a própria Impugnante relata ser extremamente complicado e cheio de fraudes;
- cita o art. 136 do Código Tributário Nacional;
- não cabe ao Fisco analisar a legalidade ou constitucionalidade das multas, já que sua atividade é vinculada;
- a penalidade encontra-se no art. 55, inciso XXXI da Lei nº 6.763/75;
- a doutrina, a jurisprudência e o próprio dispositivo legal mencionado pela Impugnante deixam claro que não há falar em confisco para multa e sim para tributo;
- a Impugnante possui um histórico contumaz de prática de sonegação fiscal, com várias autuações e em todas elas sempre adota uma postura de vítima, como se sempre procurasse agir de boa fé;
- um forte indício de que o Contribuinte age em conluio com os fornecedores para simular operações interestaduais com sucatas e conseqüentemente a geração de créditos, conforme Convênio ICMS nº 09/76, pode ser visto às fls. 45/48, onde nota-se que nos meses de junho de 2006 e 2007 houve uma variação abrupta das operações interestaduais com sucatas, porque em maio de 2007 o Contribuinte conseguiu um regime especial, retroativo, que vigorou de 1º de janeiro a 31 de junho de 2007, não precisando mais de créditos, ocasionando, repentinamente, uma queda de mais de 1.200% (mil e duzentos por cento) nas operações interestaduais, ou seja, em junho de 2006 adquiriu-se mais de R\$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais) e, no mesmo período de 2007 (data em que vigia o regime especial), tais operações despencaram para R\$ 916.000,00 (novecentos e dezesseis mil reais).

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento e desconsiderado o pedido perícia.

Da Instrução Processual

A 1ª Câmara de Julgamento em sessão realizada em 20 de abril de 2010 (fl. 516), toma as seguintes providências:

- converte o julgamento em diligência para que o Fisco esclareça, tendo em vista o documento de fl. 04 e as informações constantes do relatório do auto de infração, se foi feita a desconsideração do negócio jurídico;

- exara despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, elabore e apresente um quadro demonstrando a correlação lógica entre as notas fiscais emitidas e os pagamentos a elas relativos.

O Fisco novamente se manifesta às fls. 518/520, esclarecendo que embora fizesse constar o art. 83 do RPTA/MG, teve como objetivo buscar de forma inequívoca a comprovação do pagamento das operações de aquisição de matérias-primas, cujos créditos foram estornados. Informa que, no entanto, desde o início do procedimento fiscal, a Autuada nada provou, apresentando simplesmente cópias de Documento de Crédito - DOC ou Registro de Transferência Eletrônica Disponível - TED.

No que se refere ao despacho interlocutório, o Fisco providencia a intimação a Autuada (fl. 524/525).

A Impugnante retorna aos autos às fls. 528/541 fazendo um histórico das intimações recebidas e afirmando, em resumo que:

- atuava no ramo industrial, tendo como objeto social a reciclagem de sucatas metálicas e não metálicas, especialmente o alumínio, beneficiando-o e fornecendo-o na forma líquida ou sólida e, para o exercício de sua atividade industrial, adquiria sucatas metálicas, como matéria prima, de diversos fornecedores;

- a peculiaridade existente na relação comercial estabelecida com a empresa Máxima Comércio e Distribuição de Metais Ltda. é o tipo de contrato firmado entre as partes que é verbal, cuja obrigação principal era o fornecimento de sucatas recicláveis, mediante adiantamentos;

- o negócio jurídico estabelecido entre as partes se apresenta como aqueles em que a lei não exige solenidade, trata-se de um contrato de compra e venda, cujo único diferencial era o fato de a compradora ter efetuado depósitos antecipados na conta da fornecedora, de modo a compensar as remessas de sucatas recicláveis;

- os pagamentos não ocorriam na medida em que se emitiam as notas fiscais, pois estabeleceu-se uma conta-corrente que era debitada na medida dos fornecimentos;

- disponibiliza livros legais, os Diários e os Livros Auxiliares Razão, devidamente registrados na Junta Comercial, onde por uma inspeção poderá se ver que toda transação comercial esta registrada conforme determina a legislação vigente e também assinada por profissional de contabilidade devidamente habilitado;

- é uma sociedade anônima que embora sendo de capital fechado para o exercício 2007 teve as suas demonstrações contábeis auditadas por empresa de auditoria

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

devidamente regularizada perante a Comissão de Valores Mobiliários e, o Relatório dos Auditores Independentes não faz nenhuma ressalva sobre sua contabilidade;

- discorre sobre a licitude das provas juntadas e sobre a Transferência Eletrônica Disponível – TED;
- apresenta quadros buscando promover a demonstração solicitada pela Câmara.

Às fls. 895/898 a Impugnante novamente se manifesta apresentando decisão proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

O Fisco também se manifesta novamente, às fls. 899/905, reafirmando seus argumentos já apresentados nos autos e pedindo a procedência do lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual versa acerca de falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS, nos meses de julho a dezembro de 2006, em face da imputação fiscal de simulação de operações interestaduais para aquisição de sucatas acobertadas por notas fiscais declaradas ideologicamente falsas e que não correspondem a real operação.

Exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada, capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI.

Importante registrar que o Fisco narra no Auto de Infração que foi realizada auditoria fiscal, no exercício de 2006, mediante a conferência de documentos de entradas em confronto com os respectivos livros fiscais. Foi esta auditoria que levou à imputação de, nos meses de julho a dezembro de 2006, ter a Impugnante deixado de recolher ou recolhido ICMS a menor, em face da simulação de operações interestaduais para a aquisição de sucatas acobertadas por notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, supostamente emitidas pela empresa paulista Máxima Comércio e Distribuição de Metais Ltda (Anexo 08). O ato declaratório foi publicado no Diário Oficial do Estado – “Minas Gerais”, em 02 de abril de 2009, após a consequente conclusão oriunda das diligências, análises e verificações fiscais, corroborada com a afirmação do Bradesco - Banco Brasileiro de Desconto - de que não foram certificados ou recolhidos os impostos destacados nas respectivas notas fiscais (Anexo 09), o que levou ao estorno dos créditos.

Veja-se que, com a intenção de proporcionar maior legitimidade e legalidade as provas materiais carreadas aos autos lavrou-se a Intimação (fl. 04) para que a ora Impugnante comprovasse inequivocamente as operações objeto de estorno.

No Auto de Infração é citado o art. 83 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais - RPTA/MG, contudo, conforme providência levada a efeito pela Câmara de Julgamento, não foi feita a desconsideração do negócio jurídico.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em atendimento às intimações a ora Impugnante apresentou somente cópias xerográficas e sem os respectivos extratos bancários, em desacordo com a intimação e com as normas brasileiras de contabilidade, mormente a NBC-T2 (Anexo 13).

Da Preliminar

Em sustentação oral foi requerida pelo representante da Fazenda Pública Estadual diligência para incluir no polo passivo do lançamento analisado os sócios da Impugnante.

Contudo, entendeu a Câmara de Julgamento que não é competência do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais a promoção do lançamento, mas apenas a análise do lançamento já formalizado.

Neste sentido, deve-se destacar que a composição do polo passivo da obrigação tributária é parte integrante do próprio lançamento.

Some-se a este fato a corrente da doutrina e jurisprudência no sentido de que, comprovada a responsabilização dos sócios, estes podem ser chamados a responder pela obrigação tributária.

Portanto, o fato dos sócios não estarem incluídos como Coobrigados no Auto de Infração não causa qualquer prejuízo ao Erário.

Neste sentido, rejeita-se a preliminar arguida da tribuna.

Da Perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender que seja necessária tal prova à elucidação de eventuais obscuridades do Processo.

Para tanto formula os seguintes quesitos (fls. 420/421):

“1- Analisando o Anexo 9 (cópia da tela do SICAF, bem como expediente que instruiu os elementos de provas materiais que concluíram pela inidoneidade/falsidade, publicado em 02/04/09), qual era a situação da empresa paulista Máxima Distribuição de Metais Ltda., à época do período fiscalizado?

2- Quando a Impugnante adquiriu as sucatas da empresa Máxima Distribuição de Metais Ltda., em 2006, como referida empresa paulista se encontrava no SINTEGRA/ICMS - Consulta Pública ao Cadastro do Estado de São Paulo? A Máxima Ltda. se encontrava habilitada?

3- As Notas Fiscais que foram qualificadas como inidôneas foram devidamente registradas nos livros contábeis da Impugnante?

4- A Impugnante efetuou o pagamento das Notas Fiscais em favor da empresa Máxima Distribuição de Metais Ltda.? Existe registro nos livros contábeis da Impugnante de tais pagamentos?

5- Os extratos bancários da Impugnante demonstram que a empresa efetuou os pagamentos para a empresa Máxima Distribuição de Metais Ltda.?”

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*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo 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), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, decisão já proferida abordando a questão anteriormente:

"Se a matéria tratada nos autos versar sobre questão eminentemente de direito, quanto ao reconhecimento ou não da percepção de diferença salarial, decorrente da conversão de URV, desnecessária a realização de prova pericial contábil, a qual poderá ser realizada, acaso necessário, em sede de execução. A prova pericial somente se apresenta necessária quando a informação depender da opinião de especialista na matéria que escapa do universo de conhecimento do Julgador, hipótese essa não caracterizada no caso vertido. Assim, indefere-se o pedido” (Processo número 1.0024.05.661742-6/001(1), Relator: Célio César Paduani, TJMG)

Ademais, a Câmara de Julgamento, preocupada com a busca da verdade real, concedeu prazo à Impugnante para trazer aos autos documentos que ainda não havia carreado ao processo.

Neste sentido, importante ater-se às normas dispostas no art. 142, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747, de 03 de março de 2008, *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;
- b) de realização impraticável;
- c) considerado meramente protelatório.

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não bastassem todos estes fundamentos tem-se no caso em tela que os quesitos apresentados pela Impugnante poderiam ter sido por ela própria respondidos.

Ademais, analisando o Anexo 09 do Auto de Infração (fls. 197/229) encontra-se claramente a resposta ao primeiro quesito da Impugnante, pois ali está claro que a situação da fornecedora da ora Impugnante era de inexistência do estabelecimento no endereço inscrito por desaparecimento do contribuinte.

A fornecedora da ora Impugnante encontrava-se como se habilitada, mas, a partir de 15 de junho de 2006, já estava com suas atividades encerradas, conforme conclusão fiscal que consta do Anexo 09 (fls. 201/ 229).

As notas fiscais consideradas inidôneas foram escrituradas nos livros contábeis da Impugnante, conforme segundo quesito apresentado e registro de entradas e apuração do ICMS (fls. 231/308). No entanto, tais escriturações não estão devidamente suportadas pela documentação comprobatória da efetiva realização das operações, como determinam as Normas Brasileiras de Contabilidade, mormente a NBC - T2, fls. 04/09.

Quanto ao quarto quesito trazido pela Impugnante, embora o Fisco tenha intimado a Impugnante a comprovar os pagamentos e a efetiva realização das operações, isso desde o início da ação fiscal, em 18 de agosto de 2009 (fls. 04), esta não apresentou nenhum documento que pudesse realmente ilidir o feito fiscal. Este é o cerne da questão.

Não seria necessária prova pericial para esclarecer este fato. Bastava que a Impugnante, por vontade própria, tivesse apresentado os documentos que lhe foram solicitados e que, inclusive, a Câmara lhe concedeu prazo para apresentação.

Já em relação ao quinto quesito, a resposta ao mesmo está diretamente ligada ao mérito das exigências, pois, como se verá na análise do mérito, os extratos bancários da Impugnante não comprovam necessariamente o pagamento das operações, pois, embora o Fisco já tenha solicitado esses documentos, os quais deveriam estar nos arquivos da Defendente para suportar os registros da conta caixa e banco conta movimento, a Impugnante não os apresentou.

Ademais, as cópias dos controles de pagamentos aos fornecedores (fls. 314/404) não guardam relação com os valores das operações ora questionados.

A Impugnante protocolizou, em 1º de fevereiro de 2010 cópias dos extratos bancários, TED e DOC, sem que os valores ali constantes guardem relação com as transações supostamente realizadas. Ademais, além de não terem sido apresentadas as originais, conforme solicitado pelo Fisco, a Impugnante simplesmente reenviou as cópias constantes dos autos às fls. 314/ 404.

Deste modo, é desnecessária a produção de prova pericial, que 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, portanto, o pedido requerido não se revela pertinente para o desate da demanda, eis que a prova pericial é supérflua por outras provas produzidas nos autos sob exame capazes de dirimir as dúvidas existentes, sem causar nenhum tipo de prejuízo a Impugnante.

Do Mérito

Sustenta a Impugnante que, para dar cumprimento e aplicação ao princípio da não cumulatividade aproveitou os créditos aqui discutidos.

O princípio da não cumulatividade opera-se plenamente exatamente como dito pela Impugnante quando um contribuinte “na medida em que pagou pelo ICMS ao adquirir o produto, com o valor do tributo já inserido no preço da mercadoria”, compensa o valor posteriormente quando da operação de venda.

Ocorre nestes autos é que a Impugnante não demonstrou que tenha pago pela operação mercantil. Ou seja, neste processo não restou demonstrado que a Impugnante tenha pago o valor do imposto de cujo crédito se apropriou. Não conseguiu a Defendente, em nenhum momento no presente processo, provar que pagou o ICMS embutido no preço das mercadorias que adquiriu e de cujo crédito se apropriou.

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.

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frise-se que o lançamento em questão refere-se à constatação de recolhimento a menor do ICMS, proveniente de aproveitamento indevido de créditos do imposto, relativos a notas fiscais que não corresponderiam à efetivas entradas de mercadorias no estabelecimento.

Cumpra-se destacar que é admissível o uso de presunções, como meios indiretos de prova que são, na impossibilidade de se apurar concretamente o crédito tributário, quando há fortes indícios, vestígios e indicações claras da ocorrência do fato gerador sem o pagamento do tributo devido.

A presunção é uma ilação que se tira de um fato conhecido para se provar, no campo do Direito Tributário, a ocorrência da situação que se caracteriza como fato gerador do tributo.

Note-se que a utilização de presunção não fere o princípio da estrita legalidade ou da tipicidade cerrada, pois não há alargamento da hipótese de incidência do tributo, tão pouco aumento da base de cálculo.

Importante também destacar que a utilização de presunção pelo Fisco não inibe a apresentação de provas por parte do Contribuinte em sentido contrário ao fato presumido. Antes pelo contrário, faz crescer a necessidade de apresentação de tal prova a fim de refutar a presunção do Fisco.

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

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

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

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

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

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

Tratando-se a questão de matéria de prova destaca-se que para verificação da autenticidade dos créditos apropriados pela Impugnante, o Fisco, antes da autuação,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a intimou a apresentar a comprovação inequívoca dos pagamentos efetuados pelas operações descritas nas notas fiscais objeto do presente lançamento.

Embora a Impugnante tenha sido intimada, não trouxe a comprovação da efetiva liquidação das mercadorias constantes nos documentos fiscais questionados.

Lembre-se que a Impugnante, ao final de sua defesa, requer a posterior juntada dos extratos bancários que comprovariam que pagou para a Máxima Comércio e Distribuição de Metais Ltda. os valores referentes às notas fiscais que ensejaram o presente Auto de Infração. A juntada em posterior se faria necessária uma vez que a empresa teria solicitado os extratos junto ao Banco responsável, entretanto, não os havia obtido.

Contudo, a Câmara de Julgamento concedeu mais prazo para que a Impugnante demonstrasse claramente os pagamentos que alegava ter efetuado. Entretanto, mesmo assim, ela não alcançou fazer tal demonstração.

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

Além de todos os dados constantes dos autos, as notas fiscais supostamente emitidas pela empresa Máxima Distribuidora de Metais Ltda foram consideradas ideologicamente falsas e, mais, as guias de recolhimentos (fls. 56/195) que acompanharam as respectivas notas fiscais não foram confirmadas pelo banco arrecadador (fl. 227), condição necessária para o direito ao aproveitamento de crédito, pois não houve o pagamento na origem, conforme determina a legislação então em vigor.

O Fisco demonstra também que houve a comprovação de que a suposta empresa fornecedora foi constituída por "sócio-laranja" ou por interpostas pessoas (fl. 309).

Portanto, trata-se de uma situação de fato e de direito, não existindo dúvida sobre a irregularidade praticada e a imputação das penalidades previstas em lei.

A doutrina e a jurisprudência tem se pautado para o direito ao aproveitamento dos créditos, na comprovação, de forma inequívoca, do pagamento das transações comerciais. Foi esse o objetivo do Fisco, qual seja, buscar elementos e provas materiais que comprovem a efetiva e inequívoca realização das operações.

No entanto, desde o início do procedimento fiscal, a Impugnante nada provou, apresentando cópias de Documento de Crédito - DOC ou Registro de Transferência Eletrônica Disponível - TED (fls. 459/503), sem correlação com as notas fiscais objeto da autuação.

Ademais, o Fisco solicitou o extrato bancário que comprove o débito em conta corrente da Defendente e nada foi novamente apresentado pelo Contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os originais desses documentos, que são o supedâneo da escrituração dos livros comerciais e fiscais, à luz da legislação tributária em vigor e aos mandamentos dos princípios fundamentais de contabilidade, não foram disponibilizados para o Fisco.

Agrava a situação da Impugnante o fato das guias de recolhimento constantes dos autos (fls. 55/195 e 459/499) terem sido aparentemente forjadas, pois são cópias construídas e/ou salvas em formato "Word" ou ".doc".

Como já dito e deve ser repetido pela importância, as pessoas constantes como sócio-gerente da fornecedora sequer tinham conhecimento da existência da Máxima Comércio e Distribuição de Metais Ltda. (fl. 222). Dessa forma, não há como corroborar a afirmativa da Impugnante de que havia contrato verbal, de mais de R\$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais), com os sócios da empresa fornecedora, bem como que os pagamentos eram feitos como adiantamentos.

Outro fato é a não apresentação dos microfimes dos cheques ou os originais dos Documentos de Crédito - DOC ou das Transferências Eletrônicas Disponíveis - TED. Isso invalida a escrita contábil e fiscal da Impugnante e impede o acatamento de seus argumentos de defesa, pois não se pode aceitar como comprovante documento salvo em formato "Word" ou ".doc", e, portanto, passível de alterações e adulterações.

Destaque-se que a Impugnante relata que os pagamentos eram feitos via conta corrente e que os pagamentos eram efetuados antecipadamente, na medida em que eram fornecidas as matérias primas. Ora, os sócios de fato da fornecedora não eram os que constavam do contrato social. Os valores são significativos pra algo tão informal. Nos documentos de transferência de valores, embora constem os campos "pagamento de fornecedores" ou "pagamento de duplicata", preferiu-se marcar o campo "crédito em conta corrente".

Esta questão deve ainda ser vista em conjunto com a informação trazida pelo Fisco de que no período em que se concedeu regime especial com crédito presumido, houve uma queda vertiginosa nas operações interestaduais (fl. 45), na qual consta em junho de 2007 queda das operações interestaduais da ordem de 12 (doze) vezes, quando comparado com o mesmo período do ano de 2006. Ou seja, antes do regime especial a base de cálculo girava em torno de R\$11.000.000,00 (onze milhões de reais). Após a concessão do tratamento diferenciado as operações interestaduais caíram para R\$ 916.000,00 (novecentos e dezesseis mil reais).

No que tange a informação de que a Impugnante é auditada por empresa autorizada pela CVM - Comissão de Valores Mobiliários e que desde o início disponibilizou todos os documentos e livros necessários à escrituração, impõe ressaltar que em tempo algum foi apresentado ao Fisco via dos Documentos de Créditos ou Transferências Eletrônicas Disponíveis - TED. Quando questionada a Defendente relatou que se tratava de documentos salvos em formato "Word".

Em atendimento à solicitação da Câmara de Julgamentos a Impugnante apresentou alguns documentos e quadros.

Com relação ao Quadro Demonstrativo e sua correlação lógica, percebe-se várias inconsistências que descaracterizam as tentativas de sua comprovação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, não há qualquer similitude com os valores das notas fiscais constantes da relação acostadas aos autos (fls. 40/41). Ademais há várias relações comerciais com outras empresas em que os valores são exatamente iguais.

A despeito de todas essas incongruências há de se observar que os extratos bancários não mencionam a quem e para quem se destina o pagamento (fls. 542/620). E os Documentos de Créditos e Transferências Eletrônicas Disponíveis - TED são cópias salvas em formato "Word" ou ".doc", posto que não foram apresentados os originais, condição necessária para que se possa ter suporte legal a escrituração, à luz das Normas Brasileiras de Contabilidade e da legislação tributária em vigor.

Assim, mesmo na nova oportunidade oferecida pela Câmara de Julgamento, a Impugnante não atendeu, de forma clara e plena, o que lhe foi requerido, pois os quadros por ela elaborados não permitem uma perfeita correlação entre as notas fiscais objeto da autuação e os supostos pagamentos realizados, especialmente em relação a pagamentos que estariam vinculados a duas ou mais notas fiscais.

Os quadros elaborados pela Impugnante contém, o primeiro deles, unicamente, uma relação de notas fiscais, com a data de emissão e o valor de cada uma delas.

Ressalte-se, desde já, que no referido quadro as notas fiscais de numeração superior a "160" (Nota Fiscais nº 164 a 275) não têm relação com o presente processo, pois foram objeto de autuação através de PTA distinto - PTA nº. 01.000165630-41.

O segundo quadro apresentado (fls. 535/539) contém valores debitados nos extratos bancários de fls. 542/620, que estariam vinculadas às notas fiscais acima citadas (NFs nº. 001 a 275).

Já o terceiro quadro (fls. 539/540) é relativo a descontos que teriam sido concedidos à Impugnante pelo emitente das Notas Fiscais nº 001 a 275.

À fl. 541, através de um pequeno quadro sintético, a Impugnante tenta demonstrar a vinculação dos pagamentos efetuados com as notas fiscais mediante comparação do valor total das compras, já deduzidos os descontos, com o valor global dos pagamentos que teriam sido efetuados.

Note-se, portanto, que a comprovação pretendida pela Impugnante foi no sentido de que, em termos financeiros, os pagamentos efetuados equivaleriam às supostas compras realizadas, deduzidos os descontos obtidos, mas não demonstrou o vínculo existente entre cada pagamento e as notas fiscais.

Quanto às referidas tabelas, cabem as seguintes observações:

1. As vinculações apontadas quanto às Notas Fiscais nºs 001, 002, 042, 044, 109 e 180 decorrem de mera igualdade de valores, pois os extratos não identificam o favorecido das transações;

2. Os DOCs e TEDs acostados às fls. 314/404 e 459/503 não identificam as notas fiscais a que correspondem;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3. No quadro de fls. 539/540, elaborado pela Impugnante, constam notas fiscais que não foram objeto da autuação e notas fiscais com a mesma numeração, conforme abaixo:

3.1. Notas Fiscais não autuadas: Notas Fiscais n.ºs 080, 104, 156, 157, 167, 182, 46, 244, 264, 276, 280, 108, 110 e 302 (relação completa das notas fiscais autuadas encontra-se às fls. 216/217, incluindo às relativas ao PTA n.º: 01.000165630-41);

3.2. Notas Fiscais com mesma numeração: 125, 160, 177, 205 e 85;

4. Em função do fato narrado no item anterior, os descontos alegados pela Impugnante somaram R\$ 82.224,53 (oitenta e dois mil, duzentos e vinte e quatro reais e cinquenta e três centavos) e não R\$ 144.889,44 (cento e quarenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e nove reais e quarenta e quatro centavos).

Há que se destacar, ainda, que os registros contábeis apresentados pela Impugnante também não contêm uma perfeita identificação do número da nota fiscal a que se refere cada pagamento supostamente efetuado ou aos descontos obtidos, conforme exemplos abaixo:

1. Fls. 328, 348, 350 e 352:

No campo "Num. NF" foram indicadas as Notas Fiscais n.ºs 570, 378, 389, 547 e 524, que não foram objeto de autuação, inclusive no PTA n.º 01.000165630-41.

2. Fls. 318/320, 321/322, 323/324 e 372/373:

No mesmo campo acima citado ("Num. NF") constam números de notas fiscais que aparentemente se referem às datas em que os supostos pagamentos foram realizados, vide abaixo:

- Nota Fiscal n.º 181006 - fl. 318 - Data do Pagamento: 18/10/06 (18 de outubro de 2006) - fl. 320;

- Nota Fiscal n.º 201006 - fl. 321 - Data do Pagamento: 20/10/06 (20 de outubro de 2006) - fl. 322;

- Nota Fiscal n.º 251006 - fl. 323 - Data do Pagamento: 25/10/06 (25 de outubro de 2006) - fl. 324;

- Nota Fiscal n.º 061206 - fl. 371 - Data do Pagamento: 06/12/06 (06 de dezembro de 2006) - fl. 373.

Os lançamentos relativos aos descontos obtidos também não identificam as respectivas notas fiscais, como por exemplo os lançamentos de fls. 622, 629, 630 e seguintes.

Assim, embora tenha tido oportunidade, a Impugnante não trouxe aos autos a comprovação solicitada pela E. 1ª Câmara de Julgamento, pois os documentos anexados ao processo não permitem uma vinculação entre as notas fiscais e os supostos pagamentos realizados.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a proposta de diligência, feita na tribuna pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

representante da Fazenda Pública Estadual, para incluir no polo passivo os sócios da Autuada. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Wendell de Moura Tonidandel. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor), Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 09 de novembro de 2010.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora

CC/MG