

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.101/11/3ª Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.000163914-44

Impugnação: 40.010126567-80, 40.010127585-91 (Coob.), 40.010127588-33 (Coob.), 40.010127586-71 (Coob.), 40.010127584-26 (Coob.), 40.010127587-52 (Coob.)

Impugnantes: Sideruna Indústria e Comércio Ltda
IE: 338173700.00-98
Flávio Machado Torres (Coob.)
CPF: 027.070.106-00
Juliana Machado Torres (Coob.)
CPF: 038.499.006-14
Marco Paulo Machado Torres (Coob.)
CPF: 971.911.756-72
Reinaldo Torres (Coob.)
CPF: 015.086.446-91
Reinaldo Torres Júnior (Coob.)
CPF: 807.857.866-00

Proc. S. Passivo: Antônio Fernando Drummond Brandão Júnior/Outro(s) (Aut. e Coobs.)

Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – ENCERRAMENTO IRREGULAR DE ATIVIDADES – SOLIDARIEDADE. Correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, em face do encerramento irregular de atividades, com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6763/75 e art. 3º, inciso I da Instrução Normativa SCT nº 001/06.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO/FALSO. Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais declarados inidôneos/falsos nos termos do art. 39, § 4º, inciso I, alínea “a” da Lei nº 6763/75. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas capituladas nos incisos X e XXXI, ambos do art. 55 da Lei nº 6763/75, conforme a data de emissão dos documentos. Infração caracterizada conforme art. 70, inciso V da Parte Geral do RICMS/02.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – FALTA DA 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL. Constatado aproveitamento indevido de créditos de

ICMS, em decorrência da falta de apresentação das primeiras vias de documentos fiscais. Exigências fiscais do ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada nos termos do art. 70, inciso VI da Parte Geral do RICMS/02.

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – ENCERRAMENTO. Constatada a aquisição de carvão vegetal acobertado por documentos fiscais declarados falsos ou inidôneos, resultando no encerramento do diferimento, com fulcro no inciso II do art. 12 da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multas Isoladas capituladas nos incisos X e XXXI, ambos do art. 55 da Lei nº 6763/75, conforme a data de emissão dos documentos. Infração caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

O presente lançamento é decorrente de recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro de 2004 a maio de 2007, apurado por meio de recomposição da conta gráfica do imposto, mediante conferência de livros e documentos fiscais, decorrente do aproveitamento indevido de crédito do imposto referente à aquisição de mercadorias acobertadas por documentos fiscais declarados falsos ou inidôneos; pela falta de apresentação das primeiras vias de documentos fiscais; e, pelo não recolhimento do imposto devido por encerramento do diferimento do ICMS, nas aquisições de carvão vegetal acobertadas por documentos fiscais também declarados falsos ou inidôneos.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75 e Multas Isoladas capituladas nos incisos X, XXVI e XXXI do art. 55 da citada lei.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Auto de Infração – AI (02/04); Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF (fl. 14); Termo de Intimação (fls. 15, 18); Demonstrativo Valores p/ Recomposição da Conta Gráfica do ICMS (fls. 107); Demonstrativo Crédito Tributário (fls. 108); Recomposição da Conta Gráfica do ICMS (fls. 109/112); Anexo 01 – Demonstrativo Estorno de Crédito do ICMS Aproveitado Indevidamente (fls. 113/121); Anexo 02 – Demonstrativo Estorno de Crédito do ICMS por Falta de Apresentação das Primeiras Vias dos Documentos Fiscais (fls. 122/137); Anexo 03 – Demonstrativo do ICMS devido, por Encerramento do Diferimento do Imposto, face a Aquisição de Mercadorias Acobertadas por Documentos Fiscais Declarados Falsos ou Inidôneos (fls. 138/144).

Da Impugnação

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.130/1.143, alegando, preliminarmente, a nulidade do lançamento, posto que houve cerceamento do direito de defesa e ofensa ao princípio do contraditório.

Quanto ao mérito, alegam, resumidamente, que parte do crédito tributário que lhes é exigido foi atingido pela decadência, em face do disposto no art. 150, § 4º do Código Tributário nacional (CTN) e, que, no caso, não se verificam os pressupostos que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

legitimam a responsabilidade dos sócios pela obrigação tributária, uma vez que, durante o período fiscalizado, não foi praticado, por nenhum deles, qualquer ato que denote excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

Argumentam que a glosa de crédito efetuada pela Fiscalização não se sustenta, porque as operações espelhadas nos documentos fiscais repelidos, declarados falsos e inidôneos, efetivamente ocorreram, chancelando, assim, a incidência do imposto como pressuposto inserto no princípio da não cumulatividade.

Acrescentam que a ausência da primeira via da nota fiscal não é suficiente para invalidar o crédito decorrente da aquisição da mercadoria, tratando-se de falha de natureza eminentemente instrumental.

Outrossim, na descaracterização do diferimento, a Fiscalização teria deixado de observar o princípio da tipicidade cerrada, postulado cardeal, informador das obrigações tributárias, pois caso o documento apresente vícios, o que admite apenas para argumentar, mas represente uma operação efetivamente ocorrida, não se equipara a desacobertamento fiscal.

Entendem que a exigência do imposto diferido do destinatário da mercadoria, por pretensão descumprimento por parte do remetente, configura hipótese de responsabilidade subsidiária e, assim, necessário seria recair a imposição fiscal sobre o remetente, prevalecendo o benefício de ordem.

Lado outro, o imposto diferido cobrado do destinatário, impõe a concessão do crédito correspondente, não apropriado, em atendimento ao princípio da não cumulatividade.

A respeito da aplicação das multas isoladas, alegam inexistir a conformação entre o fato concreto e os preceitos legais, novamente sem observação do princípio da tipicidade cerrada, motivo pelo qual devem ser elas canceladas, requerendo a aplicação do permissivo legal.

Ao final, pedem a improcedência do lançamento.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 1.188 a 1.201, propugna pela procedência do lançamento, refutando pontualmente todas as alegações da defesa.

Com relação aos documentos fiscais emitidos pela empresas, relaciona os motivos determinantes para que fossem declarados falsos ou inidôneos (fls. 1194/1196).

Destaca as intimações efetuadas ao Contribuinte e ao sócio majoritário para apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais em questão e diz que a aplicação das penalidades se deu na exata medida da lei estadual.

Da Instrução processual

A Assessoria do CC/MG solicita diligência às fls. 1.213 /1.214, que resultou na juntada da planilha de fls. 1.215/1.236.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os Impugnantes retornam aos autos (fls.1.240/1.241) e a Fiscalização, às fls. 1.243/1.246, ratifica o pedido de que seja julgado procedente o lançamento.

A Assessoria devolve os autos à origem para que a Fiscalização reabra prazo de 30 (trinta) dias aos Sujeitos Passivos, encaminhando-lhes os Anexos do Auto de Infração.

Rejeitada inicialmente, conforme despacho de fls. 1.252, a diligência foi cumprida posteriormente, nos termos do ofício de fls. 1.254/1.255, com os Impugnantes manifestando-se, às fls. 1.267/1.269, quando obtiveram cópia de inteiro teor do PTA.

A Fiscalização, às fls. 1.271, refuta as alegações da defesa.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.273/1.286, opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de cerceamento de defesa e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG, de fls. 1.273/1.286, foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão salvo pequenas alterações e adequações de estilo.

Da Preliminar

A Impugnante argui cerceamento ao direito de defesa e ofensa ao contraditório, uma vez que os “anexos” do Auto de Infração não lhe foram encaminhados, em face da intimação ter se dado por edital.

Se até o momento da impugnação esta assertiva era verdadeira, após as providências determinadas pela Assessoria não mais existe razão para tanto, uma vez que as Impugnantes obtiveram cópia de inteiro teor do PTA, conforme destacado no terceiro parágrafo do documento de fls. 1.267, sendo que, na oportunidade fora concedido novo prazo de 30 (trinta) dias para emenda da peça inicial de defesa.

Assim, rejeita-se a preliminar de nulidade arguida, por cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório.

Do Mérito

Numa primeira vertente, pleiteiam os Impugnantes que seja considerado decaído o direito de lançar relativamente aos fatos geradores anteriores a dezembro de 2004, por entender aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do CTN.

Conforme estabelece o dispositivo supra, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Constitui regra geral, no entanto, que ao lançamento de ofício aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em exame):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4.º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007. (GRIFOU-SE)

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório de comunicação não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, inciso I do CTN.

No mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4.º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO. (GRIFOU-SE)

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o relator assim se posicionou:

(...)

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

(...).

Em decisão recente (19/10/10), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, inciso I do CTN, na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

AGRº NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR. MINISTRO RELATOR).

OS SRS. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.

BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO)

Desta forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2004 somente se expirou em 31/12/09, nos termos do inciso I do retromencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 22/12/09, enquanto os Coobrigados foram intimados em 23/12/09.

Da Sujeição Passiva

Os Impugnantes clamam pela exclusão dos sócios do polo passivo da obrigação tributária, uma vez que não se comprovou a prática de qualquer ato com excesso de poder ou infração à lei.

Ocorre, no entanto, que a empresa teve a sua inscrição estadual bloqueada em 17/05/07, por inexistência de estabelecimento no endereço inscrito, conforme documento de fls. 35 e, posteriormente, em 30/10/08, foi ela cancelada (doc. fls. 34), nos termos do art.108, inciso II, alínea “c” do RICMS/0, *in verbis*:

Art. 108 - A inscrição será cancelada:

(...)

II - de ofício, por ato do Chefe da Administração Fazendária (AF) que concedeu a inscrição, quando:

(...)

c - ficar comprovado, por meio de diligência fiscal, que o contribuinte não exerce atividade no endereço ou no local indicado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A décima segunda alteração contratual da empresa, registrada na JUCEMG em 14/04/08 (docs. de fls. 101/106), em sua cláusula terceira – da Matriz, confirma que as atividades estavam paralisadas desde 30/04/07.

Já a cláusula sétima noticia que a partir daquela data a administração dos negócios sociais caberia unicamente ao sócio REINALDO TORRES.

Mas antes, no Contrato Social e suas alterações posteriores, até a 11ª alteração (docs. de fls. 45/100), a administração dos negócios sociais era de responsabilidade de todos os sócios com os poderes e atribuições de sócios gerentes.

Assim, o que se observa é que houve o encerramento irregular das atividades da empresa autuada, ensejando a responsabilização de todos os sócios, nos termos do art. 21, inciso XII da Lei nº 6763/1975, *in verbis*:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...).

Além das disposições legais retrocitadas, a inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação se respalda no art. 3º da Instrução Normativa SCT nº 001/06, da Superintendência do Crédito Tributário, que assim dispõe:

Art. 3º - A formalização de crédito tributário, mediante Auto de Infração (AI) e Notificação Fiscal (NL), de responsabilidade de contribuinte que desapareceu ou não mais exerce suas atividades no endereço por ele indicado, será antecedida do cancelamento da inscrição estadual respectiva, de acordo com a norma prevista no art. 108, alíneas "b" e "c" do inciso II do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº. 43.080, de 13 de dezembro de 2002, na forma do § 3º do referido artigo, observando-se, ainda, o seguinte:

I - os sócios-gerentes, diretores ou administradores serão identificados no AI ou NL na condição de coobrigados pelo crédito tributário;

(...).

A possibilidade de se atribuir responsabilidade aos sócios e administradores está prevista no art. 135 do CTN, para casos específicos. No presente caso, o motivo que autoriza responsabilizar os administradores é o encerramento irregular das atividades.

Esse é o entendimento do Conselho de Contribuintes, exarado nos Acórdãos nºs 19.285/09/3ª e 19.559/10/1ª.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em decisão também recente, o Supremo Tribunal Federal - STF, sobre a matéria assim se manifestou:

EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE

A TURMA ENTENDEU SER CABÍVEL O REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL E SEUS CONSECUTÓRIOS LEGAIS AO SÓCIO-GERENTE DE EMPRESA QUANDO DEMONSTRADO TER ELE AGIDO COM EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO À LEI, OFENSA AO ESTATUTO OU NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. SEGUNDO O ENTENDIMENTO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL, PRESENTES MEROS INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE, ATESTANDO TER A EMPRESA ENCERRADO SUAS ATIVIDADES IRREGULARMENTE, HÁ QUE SER DETERMINADO O REDIRECIONAMENTO (ART. 135 DO CTN) E POR MOTIVO MAIOR, NO PRESENTE CASO, DADA A PROVA DE CONDENAÇÃO EM CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. RESP 935.839-RS, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, JULGADO EM 5/3/2009.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva no presente caso.

Quanto ao mérito propriamente dito, a autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro de 2004 a maio de 2007, apurado por meio de Recomposição da Conta Gráfica do imposto, decorrente do aproveitamento indevido de crédito destacado em documentos fiscais declarados falsos ou inidôneos; pela falta de apresentação das primeiras vias de documentos fiscais e pelo não recolhimento do imposto devido por encerramento do diferimento do ICMS, nas aquisições de carvão vegetal acobertadas por documentos fiscais também declarados falsos ou inidôneos.

Dos Documentos Fiscais Declarados Falsos ou Inidôneos

Na planilha de fls. 113/121 (Anexo I) encontram-se relacionados todos os documentos fiscais declarados falsos ou inidôneos, conforme a contemporaneidade entre a data de emissão de tais documentos e a legislação tributária vigente à época.

Quando se trata de documentos fiscais com imposto destacado e apropriado na escrita fiscal, o lançamento compreende o estorno do crédito e as Multas Isoladas por aproveitamento indevido de crédito (art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75) e utilização de documento fiscal falso ou inidôneo (incisos X e XXXI do mesmo dispositivo), sendo certo que esta última não fora aplicada de forma cumulativa, ou seja, ora aquela capitulada no inciso X, ora a do inciso XXXI, de acordo com a data de emissão do documento e a vigência dos respectivos dispositivos.

Quando não havia crédito escriturado, a exigência recaiu exclusivamente sobre a multa isolada por utilização de documento fiscal falso ou inidôneo.

Os atos declaratórios de inidoneidade foram devidamente publicados e seus extratos encontram-se nos autos a partir da juntada de documentos de fls. 34.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização descreve em sua manifestação (documento entregue aos Impugnantes) os fatos que motivaram cada um dos atos de inidoneidade.

Os Impugnantes apresentam uma linha genérica de defesa, em face do princípio da não cumulatividade, entendendo que não se pode imputar ao destinatário das mercadorias a responsabilidade, via estorno de crédito, quando os remetentes não efetuarem o pagamento do imposto por eles devido.

Sem razão a defesa, no entanto. O direito ao crédito relativo às entradas de mercadorias e/ou serviços, decorre do princípio constitucional da não cumulatividade, insculpido no inciso I, § 2º, do art. 155 da Constituição Federal de 1988.

Mas, o legislador constituinte não se conformando em ditar o princípio concisamente, entregou ao legislador complementar a tarefa de disciplinar o regime de compensação do imposto.

Neste sentido, a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 23, disciplina a matéria da seguinte forma:

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.

Na legislação mineira, a norma foi reproduzida no art. 30 da Lei nº 6763/75, que assim 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.

Prosseguindo, a vedação aos créditos decorrentes de documentos fiscais considerados falsos ou inidôneos, a que se refere à legislação, vem expressa no inciso V do art. 70 do RICMS/02, que determina o seguinte:

Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento do imposto, a título de crédito quando:

(...)

V - a operação ou 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)

(...).

Os atos declaratórios de falsidade ou inidoneidade decorrem de realização de diligência, especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte, e das operações por ele praticadas, sendo providenciado nos termos do art.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3º da Resolução nº 4.182/10 que revogou a Resolução nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas nos arts. 133 e 134 do RICMS/02.

É um ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não criando nem estabelecendo coisa nova, ou seja, tende apenas a fazer a aplicação de um fato ou afirmar a existência do que já existia. Possui, portanto, natureza jurídica declaratória, operando efeitos *ex-tunc*, retroagindo seus efeitos.

Sobre a matéria, vale lembrar os ensinamentos do Professor 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 (*extunc*). (Direito Tributário Brasileiro, 1977:459).

Segundo o mestre, o ato declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo no Diário Oficial do Estado, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

Portanto, os documentos fiscais declarados falsos ou inidôneos, ao serem emitidos, já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade para gerar créditos do imposto.

Do teor do art. 70, inciso V da Parte Geral do RICMS/02, extrai-se que somente a prova de que o imposto devido pelos emitentes das notas fiscais falsas ou inidôneas fora integralmente pago, poderia garantir à Autuada o direito ao creditamento do imposto.

Sem esta prova, que efetivamente não se faz presente nos autos, não há qualquer possibilidade de creditamento dos valores consignados nas notas fiscais falsas ou inidôneas, sob pena de se ferir o princípio constitucional da não-cumulatividade.

A efetivação da ocorrência da operação mercantil, como condição suficiente geradora do crédito, não torna o imposto ali destacado passível de creditamento, conforme já mencionado, somente o pagamento do imposto pelos emitentes das notas fiscais teria o condão de alterar a situação.

Quanto ao conhecimento sobre a idoneidade dos fornecedores, a declaração de inidoneidade dos documentos fiscais é amplamente divulgada, mediante a publicação no Diário Oficial, constando os motivos que ensejaram a declaração de falsidade ou inidoneidade dos respectivos documentos fiscais, permitindo, desta forma, o pleno conhecimento por parte dos administrados, *in casu*, os contribuintes.

Assim sendo, o estorno do crédito do ICMS relativo às notas fiscais declaradas falsas ou inidôneas tem amparo legal e não fere o princípio da não cumulatividade, mas pelo contrário, ratifica-o, na medida em que estorna créditos de ICMS inexistentes, uma vez comprovado que o imposto devido pelo emitente não foi pago.

Em caso similar o Conselho de Contribuintes tomou a seguinte decisão:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO: 19.167/09/3ª

EMENTA: CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO – CONSTATADO APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DE ICMS PROVENIENTES DE NOTA FISCAL DECLARADA INIDÔNEA. PROCEDIMENTO FISCAL DEVIDAMENTE RESPALDADO NO ART. 70, INC. V, DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INC. X, DA LEI Nº. 6.763/75, MAJORADA EM 100% (CEM POR CENTO), COM BASE NO ART. 53, § 7º, DA MESMA LEI, EM DECORRÊNCIA DA REINCIDÊNCIA.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE 1ª VIA DE DOCUMENTO FISCAL. CONSTATADO APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS DE NOTAS FISCAIS SEM APRESENTAÇÃO DA 1ª (PRIMEIRA) VIA, APROPRIAÇÃO ESTA VEDADA PELO ART. 70, INC. VI, DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INC. XXXI DA LEI Nº. 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Por outro lado, os supostos comprovantes anexados à impugnação (documentos de fls. 1.159/1.167), relativos aos pagamentos de algumas notas fiscais emitidas em nome da empresa “Siber do Brasil e Logística Ltda”, por se tratarem de cópias de cheques e não dos originais devidamente descontados, depositados ou endossados a terceiros, com anotação no verso da corrente a qual se destinou ou da pessoa física responsável pelo saque ou endosso, não demonstram de forma inequívoca a quem os pagamentos foram realizados.

De se notar que, muito embora contenham o carimbo de “contabilizado”, sequer foram assinados pelo emitente.

De igual modo os recibos de fls. 1.173/ 1.183, relativos a supostos pagamentos efetuados à empresa “Bom Sucesso Produtos Florestais Ltda – ME”, que também não demonstram de forma inequívoca que os pagamentos foram realizados àquela empresa.

Por outro lado, a planilha de fls. 1.215/1.236, em que foram vinculadas as operações objeto do lançamento tributário com as quitações contabilizadas pela empresa, também não se presta para legitimar o crédito de ICMS. Neste caso, considerando-se que a contabilidade rege-se pelo sistema de “partidas dobradas”, é evidente que ao se escriturar as aquisições no livro de Registro de Entradas, haverá o correspondente lançamento contábil nas contas “Caixa” ou “Fornecedores”, não trazendo nenhuma surpresa a mencionada contabilização das operações.

Assim, corretas as exigências de estorno de crédito apropriado em decorrência das aquisições registradas em documentos fiscais declarados falsos ou inidôneos.

Do Estorno de Crédito por Ausência da 1ª via do Documento Fiscal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As exigências estão postas na planilha de fls. 122/137 (Anexo II), contendo as informações relativas às operações e o crédito irregularmente apropriado.

A Impugnante salienta que a ausência das primeiras vias das notas fiscais não é suficiente para invalidar o crédito do ICMS nelas destacado.

Nos termos do art. 140 da Parte Geral do RICMS/02, as vias dos documentos fiscais não se substituirão em suas respectivas funções, somente admitindo-se o abatimento do valor do imposto a título de crédito com a apresentação da primeira via, salvo as exceções previstas na legislação tributária, nos termos do art. 63 do mesmo diploma legal.

E não se trata, a bem da verdade, de excesso ou formalismo exagerado. É que a apropriação dos créditos está condicionada à idoneidade formal e material, sendo imprescindível a análise dos documentos que os gera. Assim, somente a análise criteriosa da primeira via dará a certeza ao Fisco da legitimidade do imposto apropriado.

Como já informado, o Anexo II (fls. 123/137) relaciona as primeiras vias não apresentadas, relativas aos seguintes emitentes: Bom Sucesso Produtos Florestais Ltda – ME, L.L. de Oliveira Comércio – ME, Madeireira Maranhão Ltda e Marcos Luiz e Silva.

Como informa a Fiscalização, à exceção da empresa Madeireira Maranhão Ltda, todos os contribuintes listados têm atos declaratórios de falsidade ou inidoneidade de documentos fiscais, conforme documentos de fls. 145, 146 e 273.

Diante disso, ainda mais necessário se faz a análise das primeiras vias, para que a Fiscalização possa concluir se a inidoneidade prevista nos atos declaratórios atinge os documentos relacionados na planilha.

Não apresentando as primeiras vias, a Contribuinte foi penalizada com a multa isolada de menor valor (50% do valor do imposto estornado ao invés de 40% do valor do documento fiscal). Nesse contexto, não seria interessante para ela apresentar os documentos fiscais supracitados.

A exemplo do item anterior, apesar de não modificarem a irregularidade tipificada, as cópias de cheques apresentadas (fls. 1.168/1.170) e os recibos de fls. 1.177, 1.179, 1.181, 1.183, também não demonstram de forma inequívoca a quem os pagamentos foram realizados.

Corretas as exigências fiscais.

Da Descaracterização do Diferimento

As exigências estão postas na planilha de fls. 138/144 (Anexo III), contendo as informações relativas às operações e o ICMS exigido em face da descaracterização do diferimento do imposto.

Os documentos fiscais se referem às operações com carvão vegetal, amparadas pelo diferimento, desde que acobertadas por documentos fiscais regulares.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A retórica da defesa é a mesma dos itens anteriores, até porque o cerne da questão também é idêntico, ou seja, a declaração de falsidade ou inidoneidade dos documentos fiscais.

Os atos declaratórios de falsidade/inidoneidade são de documentos fiscais supostamente emitidos por “Claudinei Alves Pereira”, “Edna Aparecida Matias”, “Eliana da Silva Borges”, “Fábio Evangelista da Fonseca”, “Francisco Rodrigues Pinto”, “José Tadeu Alvarenga”, “José Veríssimo e Silva”, “Rubens Nazareno Padilha”, “Vanucílio José de Rezende”, “Walmir Cardoso Maia” e Wesley da Silva Cunha”, que foram impressos sem autorização da Administração Fazendária ou se tratam de documentos fiscais extraviados ou impressos em duplicidade (paralelos).

Com efeito, a mercadoria acobertada com nota fiscal falsa é considerada desacobertada para todos os efeitos, conforme enunciado do art. 149, inciso I da Parte Geral do RICMS/02, que assim dispõe:

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

I - com documento fiscal falso ou ideologicamente falso;

(...).

Neste diapasão, por força do art. 12, inciso II da Parte Geral do RICMS/02, encerra-se o diferimento, nos seguintes termos:

Art. 12 - Encerra-se o diferimento quando:

(...)

II - a operação for realizada ou o serviço prestado sem documento fiscal;

(...).

Neste caso, como a mercadoria (carvão vegetal) foi adquirida pela Autuada com documentação fiscal falsa, ela é solidariamente responsável pela obrigação tributária (ICMS e seus acréscimos legais), conforme previsão contida no art. 21, inciso VII da Lei nº 6763/1975, que assim dispõe:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacobertada de documento fiscal;

(...).

Noutro giro, não há que se falar em desconsideração do negócio jurídico, que deve acontecer na hipótese de dissimulação do negócio (compra x troca x doação, por exemplo), mas não na situação dos autos, uma vez que não se discute a realização da operação, nem a aquisição das mercadorias, mas sim a idoneidade dos documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há que se falar, também, em reformulação da conta gráfica, uma vez que a exigência se refere à obrigação devida pelos remetentes das mercadorias, não se confundindo com as operações mensais da Autuada, que são levadas à apuração do imposto em cada período.

Neste caso, cobra-se da Impugnante a parcela do imposto devido por terceiros, uma vez que os documentos por eles utilizados não guardavam a idoneidade necessária para fruição do diferimento do imposto.

Cumpra salientar que as penalidades impostas coadunam-se com a infração constatada, estando previstas na Lei nº 6763/75, com a seguinte redação:

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:

(...)

X - por emitir ou utilizar documento inidôneo - 40% (quarenta 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;

(...)

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;

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.

(...)

Impõe-se, portanto, reconhecer que a aplicação das penalidades se deu na exata medida da lei estadual, esclarecendo mais uma vez, que as sanções previstas nos incisos “X” e “XXXI” não foram aplicadas cumulativamente, mas de acordo com o tempo de emissão dos documentos e a vigência dos dispositivos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaque-se, ao final, que a utilização de documentos fiscais falsos ou inidôneos não diz respeito exclusivamente à emissão de tais documentos. Utilizar, na expressão máxima do termo, significa também: servir-se, lançar mão, fazer uso, valer-se, dos documentos fiscais inidôneos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, que o julgava parcialmente procedente, para excluir as exigências relativas às notas fiscais que contêm o carimbo do Fisco Mineiro. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Antônio Fernando Drummond Brandão Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Luciana Trindade Fogaça. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor), José Luiz Drummond e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 15 de junho de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.101/11/3ª Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.000163914-44

Impugnação: 40.010126567-80, 40.010127585-91 (Coob.), 40.010127588-33 (Coob.), 40.010127586-71 (Coob.), 40.010127584-26 (Coob.), 40.010127587-52 (Coob.)

Impugnante: Sideruna Indústria e Comércio Ltda
IE: 338173700.00-98
Flávio Machado Torres (Coob.)
CPF: 027.070.106-00
Juliana Machado Torres (Coob.)
CPF: 038.499.006-14
Marco Paulo Machado Torres (Coob.)
CPF: 971.911.756-72
Reinaldo Torres (Coob.)
CPF: 015.086.446-91
Reinaldo Torres Júnior (Coob.)
CPF: 807.857.866-00

Proc. S. Passivo: Antônio Fernando Drummond Brandão Júnior/Outro(s)(Aut. e Coobs.)

Origem: DF/Divinópolis

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

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

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro de 2004 a maio de 2007, apurado por meio de Recomposição da Conta Gráfica do imposto, decorrente do aproveitamento indevido de crédito destacado em documentos fiscais declarados falsos ou inidôneos; pela falta de apresentação das primeiras vias de documentos fiscais e pelo não recolhimento do imposto devido por encerramento do diferimento do ICMS, nas aquisições de carvão vegetal acobertadas por documentos fiscais também declarados falsos ou inidôneos.

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75 e Multas Isoladas capituladas nos incisos X, XXVI e XXXI do art. 55 da citada lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação à questão do aproveitamento indevido de créditos de ICMS, destacado em documentos fiscais considerados falsos ou inidôneos, cumpre esclarecer que, em alguns desses documentos fiscais, verifica-se que ocorreu a aposição de carimbo da fiscalização mineira sobre os mesmos.

Isso quer dizer, *data venia*, que nesses casos, ficou caracterizada a efetiva circulação das mercadorias constantes nos referidos documentos fiscais.

Os nossos Tribunais superiores têm entendido que ocorre a boa fé do adquirente das mercadorias, sempre que presente algum indício de circulação de mercadoria ou mesmo de pagamento das operações ao fornecedor das mesmas.

No caso ora em análise, não obstante não tenha sido comprovado o referido pagamento das mercadorias, certo é que o carimbo do Fisco mineiro demonstra que estas circularam, não havendo que se falar em inidoneidade da documentação fiscal, como é o caso das notas fiscais de fls. 001.613 de fls. 21, 000.151 de fls. 305, 000.152 de fls. 306, 000.153 de fls. 307, 000.154 de fls. 308, 000.155 de fls. 309, 000.156 de fls. 310, 000.232 de fls. 311, 000.233 de fls. 312, 000.234 de fls. 313, 000.235 de fls. 314, 000.236 de fls. 315, 000.237 de fls. 316, 000.238 de fls. 317, 000.239 de fls. 318, 000.240 de fls. 319, 000.241 de fls. 320, 000.242 de fls. 321, 000.243 de fls. 322 e 000.244 de fls. 323.

Assim, devem ser excluídas as exigências formalizadas sobre as notas fiscais acima mencionadas, na melhor forma de direito e de Justiça.

Julgo parcialmente procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 15 de junho de 2011.

**Luiz Fernando Castro Trópia
Conselheiro**