

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.502/23/2ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.002507264-57

Impugnação: 40.010155411-34, 40.010155413-98 (Coob.), 40.010155657-18 (Coob.), 40.010155412-15 (Coob.)

Impugnante: Souza Comércio de Café Eireli
IE: 002578255.00-07
Jhon Lennon Garcia Felício (Coob.)
CPF: 099.184.606-01
Moacyr Rodrigues Simão (Coob.)
CPF: 014.576.846-59
Rafael de Souza Silva (Coob.)
CPF: 113.902.696-80

Coobrigados: Eduardo N Santos
CPF: 075.059.506-06
Flávio Ricardo Basan Cavinatti
CPF: 320.708.158-46
Thiago de Paula Magalhães
CPF: 014.355.266-00
Willian Telles
CPF: 084.110.057-80

Proc. S. Passivo: José Lúcio Monteiro de Oliveira/Outro(s), Erik Costa Cruz e Reis/Outro(s)

Origem: DF/Manhuacu

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Os Coobrigados, sócio e administrador de direito e sócio oculto e administrador/diretor financeiro de fato, da Autuada, respondem pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – CONTABILISTA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Imputação ao contabilista, de responsabilidade pelo crédito tributário, em razão de ser responsável pela simulação das operações contábeis da Autuada para supressão do ICMS devido, nos termos do art. 124, inciso I do CTN

e art. 21, inciso XII c/c § 3º da Lei nº 6.763/75. Entretanto, não havendo prova nos autos, de sua responsabilidade, deve o mesmo ser excluído do polo passivo da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado que os atos e omissões dos Coobrigados, elaboradores, emitentes e fornecedores das NF-es autuadas e administradores da SION TRADE, concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pela Contribuinte. Legítima, portanto, a sua manutenção no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 124, inciso I do CTN c/c art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL IDEOLOGICAMENTE FALSO. Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de notas fiscais declaradas ideologicamente falsas, nos termos do art. 39, § 4º da Lei nº 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude de ter a Autuada aproveitado, indevidamente, no período de outubro a dezembro de 2017, créditos do imposto destacado em notas fiscais declaradas ideologicamente falsas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI da Lei nº 6.763/75, c/c § 2º, inciso I, da mesma lei

Além da Autuada, foram inseridos no polo passivo da obrigação tributária:

a) Rafael de SOUZA Silva (sócio e administrador de direito) e Jhon Lennon Garcia Felício (sócio oculto e administrador/diretor financeiro de fato), ambos com plenos poderes de gestão dos negócios da SOUZA COMÉRCIO DE CAFÉ (art. 135, inciso III c/c art. 124, inciso II do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75; art. 137 inciso I c/c art. 124, inciso I do CTN e art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75);

b) Moacyr Rodrigues Simão, responsável pela simulação das operações contábeis da SOUZA COMÉRCIO DE CAFÉ EIRELI para supressão do ICMS devido (art. 137, inciso I c/c art. 124, inciso I do CTN e art. 21, inciso XII c/c § 3º da Lei nº 6.763/75) e;

c) Willian Telles, Flávio Ricardo Basan Cavinatti, Thiago de Paula Magalhães e Eduardo Neves Santos, elaboradores, emitentes e fornecedores das NF-es autuadas (art. 137, I c/c art. 124, I do CTN e art. 21, XII da Lei nº 6.763/75) e administradores da SION TRADE (art. 135, III c/c art. 124, II do CTN e art. 21, § 2º, II da Lei nº 6.763/75).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada e Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 259/267 e 281/298 contra as quais a Fiscalização manifesta-se às fls. 378/484.

DECISÃO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacado em notas fiscais declaradas ideologicamente falsas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, conforme Ato Declaratório nº 000350578, publicado no Diário Oficial de Minas Gerais do dia 07/07/2021, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lei nº 6.763/75:

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

(...)

§ 4º - Na forma que dispuser o regulamento, para efeito da legislação tributária, fazendo prova somente a favor do Fisco, considera-se:

(...)

II - ideologicamente falso:

a) o documento fiscal autorizado previamente pela repartição fazendária:

a.1 - que tenha sido extraviado, subtraído, cancelado ou que tenha desaparecido;

a.2 - de contribuinte que tenha encerrado irregularmente sua atividade;

a.3 - de contribuinte inscrito, porém sem estabelecimento, ressalvadas as hipóteses previstas em regulamento;

a.4 - que contenha selo, visto ou carimbo falsos;

a.5 - de contribuinte que tenha obtido inscrição estadual ou alteração cadastral com a utilização de dados falsos;

a.6 - não enquadrado nas hipóteses anteriores e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação;

b) o documento relativo a recolhimento de imposto com autenticação falsa;

Das Impugnações

Os trechos a seguir, em grande parte, são transcrições adaptadas do texto da Manifestação Fiscal que integra o presente processo.

Impugnação da Autuada, seu sócio proprietário e seu sócio “oculto”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada, seu sócio proprietário e o denominado sócio oculto pela Fiscalização apresentam Impugnação em conjunto que em apertada síntese argumenta o que segue:

1 - Ilegitimidade passiva de Rafael de Souza Silva e Jhon Lennon Garcia Felício:

Que foram incluídos como Sujeitos Passivos em razão da relação de sócios da Autuada, mas que desde 16/03/17 Jhon Lennon Garcia Felício não é mais sócio da Autuada. Que o mero fato de manter relações comerciais com a Autuada e seu sócio e sociedade em outros negócios não tem o condão de fazer presumir que Jhon Lennon Garcia Felício ainda atue como sócio-administrador da mesma.

Que não há fundamento jurídico para a inclusão dos mesmos como sujeitos passivos, uma vez que não houve prática de nenhum ato com excesso de poderes ou infração de lei, pois as operações/negócios jurídicos encampados pelas referidas NFe são reais.

Que dessa forma, não se aplica o art. 135, III, do CTN, ante a inexistência de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei. Que é certo que ambos respondem por processo criminal em decorrência da “Operação Expresso”, mas ainda não há condenação judicial e não pode haver presunção de que os mesmos tenham praticados os crimes ali apontados.

Que da mesma forma não se aplica o art. 137, I, do CTN, pois o mesmo exige a prática de ato tipificado como crime ou contravenção, e o art. 1º, I e V da Lei nº 8.137/90 disciplinam como crimes fraudar ou omitir dados da fiscalização tributária e deixar de fornecer a nota fiscal, quando exigido. Que é certo que os mesmos respondem processo criminal decorrente da “Operação Expresso”, mas não há qualquer condenação.

2 - Inexistência de irregularidades – Insubsistência do Auto de Infração:

Que foram autuados por suposta realização de operações simuladas e fraudulentas, tendo por base o processo judicial decorrente da “Operação Expresso” e que, ao contrário do que consta no AI e no próprio processo judicial, os Impugnantes não participaram de nenhum esquema fraudulento de sonegação fiscal. Afirmam que as notas fiscais mencionadas no AI foram emitidas para lastrear negócios efetivamente realizados.

Alegam que não tinham conhecimento de que a empresa Sion Trade Comércio de Café possui endereço de fachada e que não existe de fato e que a Autuada celebrou negócios jurídicos de comercialização conforme práticas de mercado e tendo sempre tratado com corretores idôneos e conhecidos no mercado nacional.

Enfatizam que a “Operação Expresso” possui vários réus e nada foi provado contra os ora Impugnantes. Afirmam que nos computadores e documentos apreendidos na citada operação policial - os quais foram custodiados junto à SEF/MG - existem arquivos, documentos, extratos e planilhas que comprovam a realização dos negócios que deram origem às notas fiscais, e que estranham o fato de os computadores terem sido devolvidos aos impugnantes com arquivos apagados.

Que para a constituição do crédito tributário é necessário que haja a ocorrência do fato gerador e, no caso sob análise, não há fato gerador a lastrear o AI ora combatido. Que o fato gerador é a ocorrência em si do fato que a lei descreve como típico para o nascimento da obrigação tributária.

Que todo ato da administração pública deve observar os princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, dentre eles o Princípio da Legalidade, citando trecho de obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e transcrevem Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal.

Os Impugnantes ainda registram que a inclusão do contabilista Moacyr Rodrigues Simão na condição de sujeito passivo da obrigação constitui mais um equívoco e arbitrariedade da Fiscalização, afirmando que o mesmo sempre foi contador externo, terceirizado, e sempre pautou sua atuação em conformidade com a legislação e normas contábeis vigentes.

Que não há no AI nenhum elemento que caracterize um mínimo de responsabilidade do mesmo em qualquer operação praticada pelos Impugnantes, se limitando a exercer seu papel de contador, razão pela qual deve ser reconhecida sua ilegitimidade para figurar com sujeito passivo no AI.

Impugnação do Coobrigado, profissional de contabilidade

O profissional contabilista incluído no polo passivo, Sr. Moacyr Rodrigues Simão, apresenta sua defesa, que, em síntese, assim se expressa:

Que há alguns anos o escritório de contabilidade do Impugnante foi contratado pela Autuada para a prestação de serviços contábeis, e que no mês de dezembro/2022 foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, na condição de responsável tributário, com suposto amparo legal no art. 124, I do CTN e art. 21, XII c/c § 3º da Lei Estadual nº 6.763/75.

Afirma que a autoridade fiscal entendeu que houve participação ativa em atos de simulação de operações contábeis para suprimir ICMS devido, agindo com dolo ou má-fé, pois sabia que as informações contidas nas NFe autuadas eram falsas por não existirem outros documentos que embasassem as operações e, não obstante isso, registrou operações que não ocorreram de fato, de modo a apropriar indevidamente créditos ilegítimos e deixar de recolher o ICMS.

Alega que, inexistindo elementos acerca da prática de ato ilícito revestido de dolo ou má-fé ou ainda interesse comum que constitua o fato gerador da obrigação principal, impõe-se o afastamento da responsabilidade tributária do contador pela exação.

Organiza sua defesa em dois tópicos:

1 – Inexistência de dolo específico ou má-fé do Impugnante/Contador:

Afirma que não há no PTA nº 01.002507264-57 qualquer elemento probatório de que o Impugnante teria agido deliberadamente com dolo ou má-fé para fins de consecução da suposta fraude visando suprimir recolhimento do ICMS, que teria sido perpetrada entre seu cliente e a empresa com quem negociava durante o

período fiscalizado e para tal cita que os documentos 46 e 47 são procurações, instrumentos comumente outorgados por clientes de escritório para seus contadores, e com relação aos e-mails constantes dos documentos de nº 50, denota-se que o conteúdo ali inserido reflete meras requisições de documentos perquiridos pela Contabilidade para consecução de sua atividade, ato costumeiro na rotina da atividade, os quais não guardam qualquer nexo de causalidade com os fatos imputados ao Impugnante.

Alega que a responsabilidade solidária do contabilista pelo crédito tributário tem natureza mais restrita do que aquela imposta pelo CTN aos sócios e administradores da empresa. Que estes últimos, ao contrário daquele, participam do dia a dia da empresa e têm maior vinculação objetiva à dinâmica cotidiana e ao resultado de suas operações, razão pela qual lhes foi imputado um maior nível de responsabilização pelas infrações à legislação tributária e também que a responsabilidade pessoal do contador está contida no art. 21, § 3º da Lei nº 6.763/75 e restringe-se às situações em que o imposto devido não tenha sido recolhido por ato por ele praticado com dolo ou má-fé.

Cita trecho do relatório do Anexo I do PTA nº 01.002507264-57 e afirma que para fins de instrução do acervo probatório da acusação fiscal, além dos anexos I e II, cujo teor foi confeccionado exclusivamente pelo Auditor Fiscal, os únicos documentos que fazem menção ao Impugnante são os documentos de nº 46, 47 e 50, cujos conteúdos não apresentam mínimos indícios de atos praticados com dolo ou má-fé no exercício de sua função.

Diz que a presente autuação se deu em decorrência da “Operação Expresso”, e dentre os documentos acostados, nº 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16 e 17, ao auto de infração relacionados à operação que ensejou o auto de infração, de lavra da Receita Federal do Brasil (propulsora da “Operação Expresso”), Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, Polícia Civil do Estado do Paraná e Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, não há qualquer menção ou conclusão por parte das autoridades envolvidas na operação com relação ao Impugnante.

Por fim, sustenta que o ônus de provar ocorrência de fraude mediante ação dolosa ou de má-fé por parte do Impugnante é de quem alega, é dizer, exclusivamente o Fisco, pois não pode o Impugnante fazer prova de fato negativo, pois o procedimento contábil seguiu o seu regular trâmite, tendo recebido os documentos contábeis fornecidos pela Autuada e, diante da técnica contábil, o Impugnante procedeu aos lançamentos e que, além de não ter nenhuma participação sobre as negociações de seus clientes, o Impugnante somente lança as informações que lhes são passadas, sempre pautado na boa-fé contratual.

Quanto à escrituração dos registros fiscais dos documentos de entradas de mercadorias – LRE (documento nº 21), Registro de Apuração de ICMS (documento nº 26) e DAPIS (documento nº 31) relacionadas no período fiscalizado, as notas fiscais de entrada que as ampararam eram formalmente perfeitas e autênticas ao tempo em que foram emitidas e escrituradas e que as mesmas foram devidamente conferidas no Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica e aceitas pelo Estado, o que fazia acreditar que tais notas fiscais eram aptas e idôneas, e assim foram lançadas pelo Impugnante no Sistema de Escrituração Fiscal Digital do ICMS – SPED e DAPI.

Aduz que as NFe consideradas inidôneas não foram expedidas pelo cliente do Impugnante, e sim por outra pessoa jurídica sem qualquer vinculação com seu escritório de contabilidade e que os DANFe emitidos pela Sion Trade Comércio de Café considerados posteriormente inidôneos continham no campo destinado à “Duplicata/Faturamento” a informação “outras formas de pagamento” e, por essa razão, o lançamento contábil cabível obviamente seria de pagamento a prazo, não havendo qualquer má-fé ou dolo na conduta do Impugnante.

Insiste que, embora a Autoridade Fiscal tenha elencado dispositivos legais que em tese atrairia a responsabilidade do Impugnante, resta inequívoca a inexistência de subsunção dos fatos à norma, na medida em que não há prova da existência dos elementos subjetivos quando da escrituração dos créditos destacados nas notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas. Em outras palavras, o esforço argumentativo da Autoridade Fiscal não é suficiente para atrair a responsabilidade tributária do Impugnante, a qual, por razões que decorrem da lei, necessitam de provas com relação à elementos subjetivos, o que não ocorreu na presente autuação.

Cita a jurisprudência e a doutrina que são favoráveis ao seu pleito e por fim pede a sus exclusão do polo passivo.

2 – Da inexistência de interesse comum do Impugnante/Contador que constitua o fato gerador da obrigação principal (Interesse Jurídico)

Afirma o Impugnante que, em que pese a Autoridade Fiscal ter justificado a imputação de responsabilidade a ele, ao seu próprio talante e sem provas, pelo fato de existência de dolo ou má-fé, quando da realização das escriturações dos créditos de ICMS decorrentes das notas posteriormente declaradas inidôneas, também como forma de fundamentar legalmente a atribuição de responsabilidade ao Impugnante, invocou a aplicação do art. 124, I do CTN.

Para o Impugnante, a caracterização da solidariedade obrigacional prevista no inciso I do art. 124 do CTN, prescinde da demonstração do interesse comum de natureza jurídica, além do interesse econômico, entendendo-se como tal aquele que recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação e que nos autos não restou demonstrada, nem interesse jurídico comum e, tampouco, interesse econômico que justifica o enquadramento pretendido pela Fiscalização.

Aduz que a aplicação da responsabilidade passiva solidária, contida no art. 124, inciso I, do CTN, exige a presença de interesse comum, ou seja, que as pessoas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato gerador. Que o interesse econômico entre tais sujeitos ou mesmo o interesse jurídico reflexo, oriundo de outra relação jurídica, como ocorre na espécie, afasta a aplicação do mencionado dispositivo legal.

Pondera que o art. 124, inciso I, do CTN não é norma de atribuição de responsabilidade tributária, tanto assim que sequer está alocada no capítulo atinente à matéria na lei em comento e que foi utilizada de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta, pois a norma não se estende àquele que, em que pese próximo ao evento que faz nascer a obrigação tributária, não o interage, como é o caso do Impugnante.

Apresenta excerto de obra do Professor Marco Aurélio Greco sobre atuação de “terceiros instrumentais” com relação ao referido dispositivo legal e afirma que nos autos do PTA, se há algum terceiro responsável solidário da obrigação tributária nos termos do dispositivo legal em comento, são os sócios-administradores das empresas envolvidas nos fatos identificados no PTA decorrente da “Operação Expresso” e não o Impugnante, contador que exerceu regularmente sua atividade.

Entretanto, sem razão os Impugnantes.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e concedidos aos sujeitos passivos para apresentação da defesa, em total observância aos princípios da legalidade, ampla defesa e contraditório.

Foram observadas as disposições contidas no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, inseridas no art. 66, inciso III, no art. 68, inciso II e no art. 68, § 3º, antes da lavratura do Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF e do Auto de Infração.

RPTA:

Art. 66. A realização dos procedimentos fiscais auxiliares abaixo mencionados não caracteriza o início da ação fiscal:

(...)

III - cruzamento eletrônico de dados, assim considerado o confronto entre as informações existentes na base de dados da Secretaria de Estado de Fazenda, ou entre elas e outras fornecidas pelo sujeito passivo ou terceiros.

(...)

Art. 68. - Na realização do procedimento de cruzamento eletrônico de dados, se detectadas inconsistências relativas às obrigações tributárias, o sujeito passivo poderá:

(...)

II - ser intimado a justificar ou a apresentar documentos relativos às inconsistências.

(...)

§ 3º - Na hipótese do inciso II do caput :

I - constará da intimação o prazo para justificar as inconsistências ou para apresentar documentos, bem como a informação da possibilidade de denúncia espontânea;

II - vencido o prazo de que trata o inciso I e mantida a inconsistência, o sujeito passivo ficará sujeito à respectiva ação fiscal.

(...)

Todas as formalidades e requisitos exigidos no art. 85 e seguintes do RPTA, com ênfase no art. 89, bem como ao dispor no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), estão presentes no lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RPTA:

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

(...)

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

(...)

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Além disso, o crédito tributário foi formalizado e exigido por meio de Auto de Infração, nos termos do art. 154 da Lei Estadual nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei Estadual nº 6.763/75:

Art. 154. A exigência de crédito tributário será formalizada em Auto de Infração, Notificação de Lançamento ou Termo de Autodenúncia, expedidos ou disponibilizados conforme estabelecido em regulamento, exceto na hipótese do art. 160-B.

(...)

Destaque-se que o procedimento adotado pelo Fisco é considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e V, da Parte Geral do RICMS/02 e que no tocante à escrituração de créditos ilegítimos ou indevidos do ICMS, a Fiscalização procedeu ao seu estorno mediante exigência integral em Auto de Infração, conforme o caput do art. 195 do RICMS/02:

Decreto Estadual nº 43.080/2002 (RICMS/02):

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

Art. 195. Na hipótese do contribuinte do ICMS ter escriturado créditos ilegítimos ou indevidos, tais créditos serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, acrescidos dos juros de mora, das multas relativas ao aproveitamento indevido e da penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763, de 1975, a partir dos respectivos períodos de creditamento.

(...)

Não há que se falar em equívoco e arbitrariedade da Administração Fazendária e carece de fundamentação a alegação dos impugnantes, administradores da Autuada, de que para a constituição do crédito tributário é necessário que haja a ocorrência do fato gerador.

A Fiscalização comprovou nos autos é que as operações autuadas não ocorreram de fato. Não houve circulação das mercadorias, transmissão da propriedade, pagamento ao emitente das NFe e pagamento do ICMS que seria devido ao estado de origem.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os créditos apropriados são indevidos ou ilegítimos, foram estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, nos termos do caput do art. 195, do RICMS/02.

A autuação em comento originou-se da “Operação Expresso”, deflagrada pela Receita Federal do Brasil, Receitas Estaduais e Polícia Civil dos Estados envolvidos. A Autuada Souza Comércio de Café Eireli e seus respectivos administradores Jhon Lennon Garcia Felício e Rafael de Souza Silva foram alvos dessa originada no Estado do Paraná em conjunto com os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Espírito Santo.

Conforme decisão da 5ª Vara Criminal de Londrina – PR - 15ª Vara Judicial (doc. 7), diante dos “indícios razoáveis de que os indivíduos que integram referido grupo criminoso são responsáveis pela prática de crimes de sonegação fiscal, constituição de associação ou organização criminosa e lavagem de dinheiro, infrações penais estas apenadas com pena de reclusão, afastando, assim as restrições elencadas no artigo 2º da Lei 9.296/1996.”, foram deferidas diversas medidas cautelares como prisão temporária, busca e apreensão e sequestro de bens tendo como alvo pessoas físicas e jurídicas, dentre elas a Souza Comércio de Café Eireli e a South Coffee Comércio de Café Eireli; e seus administradores, aqui Coobrigados, Rafael de Souza Silva e Jhon Lennon Garcia Felício, que suportaram as medidas cautelares mencionadas, inclusive a prisão temporária.

Nessa decisão judicial, conforme fls. 352/370, destacam-se os seguintes atos a serem realizados:

“8.2. ADEMAIS, CONSOANTE PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ACOLHO A REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL (MOV. 1.1) E, CONSEQUENTEMENTE, **DETERMINO A BUSCA E APREENSÃO**, A SER REALIZADA NOS SEGUINTE TERMOS E COM OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ARTIGO 240 E SEGUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:

OBJETO(S): APREENDER COISAS ACHADAS OU OBTIDAS POR MEIOS CRIMINOSOS, APREENDER INSTRUMENTOS UTILIZADOS NA PRÁTICA DE CRIME OU, AINDA, DESTINADOS A FIM DELITUOSO; DESCOBRIR OBJETOS NECESSÁRIOS À PROVA DE INFRAÇÃO E COLHER DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO; (ALÍNEAS B, D, E E H, DO ARTIGO 240, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL), PRECIPUAMENTE ANOTAÇÕES E DOCUMENTOS EM GERAL, COMPUTADORES E DEMAIS DISPOSITIVOS ELETRÔNICOS (*PEN DRIVES, SMARTPHONES, CELULARES, TABLETS, HDS EXTERNOS, CDS, DVDs*, ENTRE OUTROS), INCLUSIVE ARQUIVOS MAGNÉTICOS (DE COMPUTADOR OU DE GRAVAÇÕES ACÚSTICAS OU ÓTICAS), QUE CONTENHAM INDICATIVOS DOS DELITOS DE SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE ATIVOS, FALSIDADE IDEOLÓGICA, SEM PREJUÍZO DE OUTRAS CONDUTAS DELITIVAS QUE SE EVIDENCIAREM, E ATÉ MESMO SOBRE AS ASSOCIAÇÕES CRIMINOSAS EM TELA, MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS QUE DEEM SUPORTE A ESTES DELITOS, DOCUMENTOS QUE INDIQUEM A OCULTAÇÃO E/OU A DISSIMULAÇÃO DE BENS OU VALORES E ETC.,

OU MESMO QUE SE REFIRAM A AJUSTES CRIMINOSOS COM TERCEIROS, PARTICULARES OU AGENTES PÚBLICOS; MOEDAS CUJA PROVENIÊNCIA NÃO RESTE ESCLARECIDA; APARELHOS TELEFÔNICOS COM OS RESPECTIVOS “CHIPS” E EQUIPAMENTOS DE GRAVAÇÃO (DE SOM E IMAGEM) EVENTUALMENTE INSTALADOS NAS RESIDÊNCIAS/PROPRIEDADES DOS REPRESENTADOS SOB INVESTIGAÇÃO, EXCETO SE, PELAS CIRCUNSTÂNCIAS EMPÍRICAS DO LOCAL DA MEDIDA, FICAR EVIDENTE QUE NÃO PERTENÇAM DIRETAMENTE AOS INVESTIGADOS, A FIM DE RESGUARDAR BENS DE TERCEIROS SEM RELAÇÃO COM OS FATOS INVESTIGADOS.

LOCAIS:

(...)

57) RUA DONA CEDILINA CAROLINA DO CARMO, Nº 1020, BAIRRO ENEAS FERREIRA AGUIAR – PATROCÍNIO/MG, VINCULADO A ROGÉRIO MAGALHÃES DO NASCIMENTO FILHO;

58) ALAMEDA DAS ARAUCÁRIAS, Nº 755, BAIRRO MORADA NOVA – PATROCÍNIO/MG, VINCULADO A EDUARDO NEVES SANTOS E BRUNA DOS SANTOS;

(...)

63) RUA DAS FLORES, Nº 81 E Nº 41, SANTA MARGARIDA – COLATINA/ES, VINCULADO A WILLIAN TELLES;

64) RUA DAS FLORES, Nº 41, APTO 101 – VITÓRIA/ES, VINCULADO A WILLIAN TELLES; 64) RUA FRANCISCO CANHADAS FILHO, Nº 95, JARDIM DAS ROSAS – ESPÍRITO SANTO DO PINHAL/SP, SEDE DA EMPRESA ZAFANI & NICOLELLA E COMERCIAL NIZA;

(...)

67) RUA NIVALDO NUNES DA ROSA, Nº 70, APTO 103 – MANHUAÇU/MG, VINCULADO A JHON LENNON GARCIA FELÍCIO;

68) RUA SILAS PACHECO Nº 580, BAIRRO COLINA – MANHUAÇU/MG, VINCULADO A RAFAEL DE SOUZA SILVA;

(...)

77) RUA BARÃO DO RIO BRANCO, Nº 212 – BAIRRO BAIXADA – MANHUAÇU/MG, SEDE DA EMPRESA SOUZA COMÉRCIO DE CAFÉ EIRELI;

78) RUA LUCIANA RIBEIRO PINHEIRO Nº 220, BAIRRO BOM PASTOR – MANHUAÇU/MG, SEDE DA EMPRESA SOUTH COFFEE COMÉRCIO DE CAFÉ EIRELI;

(...)

8.3. DESTARTE, DETERMINO A REALIZAÇÃO DE EXAME PERICIAL, NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS, PARA ANÁLISE DO CONTEÚDO ARMAZENADO NOS OBJETOS APREENDIDOS. CONSIDERANDO-SE A DIMENSÃO DA DENOMINADA “OPERAÇÃO EXPRESSO”, QUE DEMANDARÁ A ATUAÇÃO CONJUNTA DE AGENTES PÚBLICOS DOS ESTADOS DO PARANÁ, SÃO PAULO,

MINAS GERAIS E ESPÍRITO SANTO, E A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA DE CURITIBA/PR ATENDER, SOZINHO, TODAS AS DEMANDAS QUE LHE FOREM REQUISITADAS, DEFIRO O REQUERIMENTO FORMULADO PELA AUTORIDADE POLICIAL JUDICIÁRIA AOS MOVS. 1.1 E 24.1, EIS QUE NÃO HÁ RISCO À MANUTENÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS (ARTIGO 158-A E SEGUINTE, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) E, CONSEQUENTEMENTE:

(...)

8.3.2. DETERMINO QUE A ANÁLISE E EXTRAÇÃO DO CONTEÚDO ARMAZENADO NOS EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA E TELEFONIA APREENDIDOS NOS ESTADOS DE MINAS GERAIS E ESPÍRITO SANTO SEJA FEITA PELO PROFISSIONAL RESPONSÁVEL PELA ÁREA DE INFORMÁTICA DO NÚCLEO DE ACOMPANHAMENTO DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA FAZENDA DE UBERLÂNDIA/MG, VINCULADO À RECEITA ESTADUAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS;

(...)

8.3.4. AUTORIZO QUE OS DOCUMENTOS CONTÁBEIS E FINANCEIROS EVENTUALMENTE APREENDIDOS PELOS AGENTES PÚBLICOS NOS ESTADOS DO PARANÁ, MINAS GERAIS, SÃO PAULO E ESPÍRITO SANTO, PERMANEÇAM, RESPECTIVAMENTE, SOB A GUARDA/CUSTÓDIA DAS RECEITAS ESTADUAIS DO PARANÁ, MINAS GERAIS, SÃO PAULO E ESPÍRITO SANTO, AS QUAIS FICARÃO INCUMBIDAS DE ANALISAR E REMETER RELATÓRIO PORMENORIZADO ACERCA DE EVENTUAIS IRREGULARIDADES APURADAS;"

(...)

Constata-se que Jhon Lennon Garcia Felício possui ligação direta com Rafael de Souza Silva, através da sociedade de fato na Souza Comércio de Café. Na verdade, são sócios em todos os negócios, inclusive na South Coffee Comércio de Café Eireli.

A atuação de Jhon Lennon Garcia Felício e Rafael de Souza Silva na Souza Comércio de Café pode ser resumida em duas principais rotinas operacionais de simulação de compra de café em grão: Simulação de compra interestadual de café em grão para ajuste do estoque de mercadorias desacobertas e apropriação indevida de crédito do ICMS e simulação de compra interna de café em grão para ajuste do estoque de mercadorias desacobertas, como se depreende dos autos, em especial no fluxograma apresentado na Manifestação Fiscal de fls. 398/399.

Destaque-se que na data definida para cumprimento do mandado judicial, foram apreendidos diversos documentos e equipamentos eletrônicos nos endereços da Souza Comércio de Café Eireli, Rafael de Souza Silva e Jhon Lennon Garcia Felício, que deram origem aos seguintes relatórios em anexo:

1. Relatório Operação Expresso N° 001 – Relatório Preliminar Alvo 77 - Souza Comércio de Café Eireli (doc. 9);

2. Relatório Operação Expresso N° 002 – Relatório Preliminar Alvo 68 - Rafael de Souza Silva (doc. 10);

3. Relatório Operação Expresso N° 003 - Relatório Preliminar Alvo 67 - Jhon Lennon Garcia Felício (doc. 11) e;

4. Relatório EFRAU06 n° 011/2021 – Operação Expresso - Receita Federal (doc. 14).

Os seguintes documentos anexados ao Auto de Infração comprovam a relação de sociedade entre Jhon Lennon Garcia Felício e Rafael de Souza Silva:

Doc 7 – Decisão Judicial de 12/02/2021 da 5ª Vara Criminal de Londrina/PR que deflagrou a Operação Expresso (em mídia digital);

Doc 9 – Relatório Operação Expresso N° 001 – Relatório Preliminar Alvo 77 – Souza Comércio de Café Eireli (em mídia digital);

Doc 10 – Relatório Operação Expresso N° 002 – Relatório Preliminar Alvo 68 – Rafael de Souza Silva (em mídia digital);

Doc 11 – Relatório Operação Expresso N° 003 – Relatório Preliminar Alvo 67 – Jhon Lennon Garcia Felício (em mídia digital);

Doc 12 – Extratos bancários da Souza Comércio de Café Eireli – apreendidos na Operação expresso (em mídia digital);

Doc 13 – Relatório EFRAU06 n° 008/2020 – Sion Trade – Operação Expresso - Receita Federal (em mídia digital);

Doc 14 – Relatório EFRAU06 n° 011/2021 – Rafael de Souza Silva e Jhon Lennon Garcia Felício – Operação Expresso - Receita Federal (em mídia digital);

Doc 15 – Relatório Final da Polícia Civil do PR em 13-07-2021 – Inquérito Policial n.º 20141/2019 Autos n° 0038004-82.2019.8.16.0014 – Operação Expresso (em mídia digital);

Doc 16 – Ofício n° 207-2021 de - 16-07-2021 - Polícia Civil do PR - Jhon Lennon e Rafael Souza (em mídia digital);

Doc 17 – Parecer n° 017/2021 de 03-09-2021 – Coordenação Regional – SRF/Ipatinga – Informa Análise Parcial – Operação Expresso (em mídia digital);

Doc 45 – Procuração do Cartório do 2º Ofício Notas de Manhuaçu de Manhumirim da empresa Souza Comércio de Café Eireli para Jhon Lennon Felício Garcia, em 17/08/18 (em mídia digital);

Doc 46 – Procuração do Cartório do 1º Ofício de Notas de Manhuaçu da empresa Souza Comércio de Café Eireli para Moacyr Rodrigues Simão, em 08/11/17 (em mídia digital);

Doc 47 – Procuração do Cartório do 1º Ofício de Notas de Manhuaçu da empresa Souza Comércio de Café Eireli para Moacyr Rodrigues Simão, em 22/11/17 (em mídia digital);

Doc 48 – Contratos de Locação de veículos da Souza Comércio de Café Eireli, representada por Jhon Lennon Garcia Felício, apreendidos na Operação Expresso (em mídia digital);

Doc 49 – Contratos de Promessa de Compra e Venda de Imóveis em que os promitentes compradores são Rafael de Souza Silva e Jhon Lennon Garcia Felício, apreendidos na Operação Expresso (em mídia digital);

Doc 50 – E-mails entre escritório de contabilidade Niverso Simão e Rafael de Souza Silva e Jhon Lennon Garcia Felício, apreendidos na Operação Expresso (em mídia digital);

Doc 51 – Auto de Constatação da Souza Comércio de Café Eireli, de 16/03/21 (em mídia digital);

Doc 52 – Cartão de Visita da South Comércio de Café, apreendido na Operação Expresso (em mídia digital).

A título de exemplificação, dentre os diversos documentos supracitados, da sociedade entre Jhon Lennon Garcia Felício e Rafael de Souza Silva são as Telas 3 a 9, constantes no Anexo 2 do Auto de Infração, que mostram cópias de 7 e-mails (doc. 50) apreendidos na Operação Expresso, que corroboram que Jhon Lennon Garcia Felício é sócio oculto e de fato de Rafael de Souza Silva na empresa Souza Comércio de Café Eireli.

Outro exemplo da sociedade entre Jhon Lennon Garcia Felício e Rafael de Souza Silva na empresa Souza Comércio de Café Eireli é a utilização do nome e do logotipo da empresa pertencente a Jhon Lennon (South Coffee) na fachada da Souza, conforme relatado no Auto de Constatação (doc. 51 – Foto 1), e cartão de visita da South Coffee com nomes e telefones celulares de Rafael e Jhon Lennon (doc. 52 – Imagem 1).

O Relatório EFRAU06 nº 011/2021 elaborado pela RFB – Relatório de Análise Preliminar de Material Apreendido na Operação Expresso - Mandado de Busca e Apreensão nos Alvos 67 e 68 – Jhon Lennon e Rafael Souza (doc. 14) de 13/07/21, ratificando de forma cabal a associação entre Jhon Lennon Garcia Felício e Rafael de Souza Silva na administração da Souza Comércio de Café Eireli, conforme fls. 410/415.

Portanto, diante das provas documentais anexas ao PTA, resta claro que Jhon Lennon Garcia Felício é sócio de fato de Rafael de Souza Silva na empresa Autuada (Souza Comércio de Café Eireli) e infundada alegação dos mesmos de que a “Operação Expresso” possui vários réus e nada foi provado contra os ora Impugnantes.

Das notas fiscais ideologicamente falsas

As NFe foram consideradas ideologicamente falsas, pois foram emitidas por empresa sem estabelecimento, com dados falsos e por conterem informações que não correspondem a real operação, nos termos do art. 39, II, “a”, “a.3”, “a.5” e “a.6” da Lei Estadual nº 6.763/75 e do art. 108, inciso II, alíneas “c”, “e” e “f” do RICMS/02, *in verbis*:

Lei Estadual nº 6.763/1975:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 39. Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

(...)

§ 4º Na forma que dispuser o regulamento, para efeito da legislação tributária, fazendo prova somente a favor do Fisco, considera-se:

(...)

II - ideologicamente falso:

a) o documento fiscal autorizado previamente pela repartição fazendária:

(...)

a.3 - de contribuinte inscrito, porém sem estabelecimento, ressalvadas as hipóteses previstas em regulamento;

(...)

a.5 - de contribuinte que tenha obtido inscrição estadual ou alteração cadastral com a utilização de dados falsos;

a.6) não enquadrado nas hipóteses anteriores e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação;

(...)

Decreto Estadual nº43.080/2002 (RICMS/02):

Art. 133-A. Considera-se ideologicamente falso:

I - o documento fiscal autorizado previamente pela repartição fazendária:

(...)

c) de contribuinte inscrito, porém sem estabelecimento, ressalvadas as hipóteses previstas neste Regulamento;

(...)

e) de contribuinte que tenha obtido inscrição estadual ou alteração cadastral com a utilização de dados falsos;

f) não enquadrado nas hipóteses anteriores e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação;

(...)

A figura às fls. 421 (Manifestação Fiscal) retrata as operações simuladas entre a Sion Trade Comércio de Café Eireli e a Souza Comércio de Café Eireli para ajuste de estoque e apropriação indevida do ICMS que deram origem ao Processo Administrativo Tributário (PTA) nº 01.002507264-57.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O direito ao crédito do ICMS garantido pelo princípio da não cumulatividade, previsto na Constituição Federal (art. 155, inciso II c/c § 2º, inciso I), no art. 19 da Lei Complementar nº 87/96 e na legislação tributária mineira (art. 28, *caput* c/c § 6º da Lei Estadual nº 6.763/75 e art. 62, *caput* do RICMS/02), não se confunde com as providências formais exigidas para o seu exercício, o qual depende de normas instrumentais de apuração. Segue a legislação de referência citada.

Constituição Federal (CF/88):

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Lei Estadual nº 6.763/75:

Art. 28. O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou outra unidade da Federação.

(...)

§ 6º Na hipótese do *caput*, não se considera cobrado o montante do imposto destacado em documento fiscal que não tenha sido objeto de escrituração e validação eletrônica pelo contribuinte emitente, nos casos previstos no regulamento.

Decreto Estadual nº 43.080/2002 (RICMS/02):

Art. 62. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

(...)

Como as operações de compra de mercadorias não existiram de fato, não há valores a serem compensados, salvo agressão direta ao art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal e demais dispositivos da legislação tributária.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o direito ao creditamento do ICMS pressupõe o efetivo recolhimento do imposto na etapa anterior. Em outras palavras, o crédito do ICMS na etapa seguinte deve ser equivalente ao valor efetivamente cobrado pelo estado nas etapas anteriores.

O art. 23 da Lei Complementar nº 87/96, o art. 30 da Lei nº 6.763/75 e o art. 69, caput do RICMS/02, estatuem que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação, *in verbis*:

Lei Complementar nº 87/96:

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

Lei Estadual nº 6.763/75:

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

Decreto Estadual nº 43.080/2002 (RICMS/02):

Art. 69. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou os bens ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação.

(...)

Quanto às condicionantes legais para o creditamento do imposto, dispõe o Regulamento do ICMS de Minas Gerais, em seu art. 70, inciso V, que, na hipótese de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

declaração de falsidade ideológica documental, o crédito somente será admitido mediante prova inequívoca de que o imposto destacado tenha sido efetivamente pago na origem. Veja-se:

Decreto Estadual nº 43.080/02 (RICMS/02):

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

(...)

V - a operação ou a prestação estiverem acobertadas por documento fiscal falso, ideologicamente falso ou inidôneo, salvo prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago;

(...)

A inidoneidade da documentação fiscal e a falta de pagamento do imposto devido pelo emitente por si só já são fatos impeditivos da apropriação do crédito de ICMS, conforme art. 28, caput e art. 30 da Lei Estadual nº 6.763/75; art. 62, caput c/c art. 69, caput e art. 70, inciso V do RICMS/02 e art. 155, inciso II c/c § 2º, inciso I da Constituição Federal/88.

Além disso, no caso do café cru, o abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente será permitido com a comprovação da efetiva entrada da mercadoria no Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 63, § 3º, inciso I do RICMS/02 que se encontra alinhado com o art. 20, caput da Lei Complementar nº 87/96, *in verbis*:

Decreto Estadual nº 43.080/2002 (RICMS/02):

Art. 63. O abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente será permitido mediante apresentação da 1ª via do respectivo documento fiscal, salvo as exceções estabelecidas na legislação tributária e nas hipóteses previstas nos incisos II e III do § 1º e no § 6º de artigo.

(...)

§ 3º O adquirente de arroz, café cru, feijão, milho ou soja, provenientes de outra unidade da Federação, somente terá direito ao crédito do respectivo imposto se:

I - comprovar a efetiva entrada da mercadoria no Estado;

(...)

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

O regime de apuração do ICMS por débito e crédito utilizado pela Autuada encontra-se descrito no caput do art. 65 do RICMS/02. No caso em apreço, a determinação do valor devido a título de imposto resultará da diferença a maior entre o somatório do imposto referente às mercadorias saídas e o somatório do imposto cobrado relativamente à entrada no respectivo estabelecimento.

Ante a existência de saldos credores sucessivos mensalmente (saldo verificado a favor do contribuinte), o que é exatamente o caso da Autuada, nenhum imposto será recolhido e o valor do crédito compensado será informado na DAPI, nos termos do art. 65, §§ 1º e 2º c/c inciso II do RICMS/02.

Decreto Estadual nº 43.080/2002 (RICMS/02):

Art. 65. O valor devido a título de imposto resultará da diferença a maior entre o somatório do imposto referente às mercadorias saídas ou aos serviços de transporte ou de comunicação prestados e o somatório do imposto cobrado relativamente à entrada, real ou simbólica, de mercadoria, inclusive energia elétrica, ou bem destinado a uso, consumo ou ativo permanente, ou ao recebimento de serviço de transporte ou de comunicação, no respectivo estabelecimento, observadas as hipóteses de que trata o artigo seguinte.

§ 1º Sendo o imposto apurado por período, o saldo eventualmente verificado a favor do contribuinte, desde que corretamente apurado, transfere-se para o período ou períodos subsequentes.

§ 2º Na hipótese do contribuinte possuir mais um estabelecimento no Estado, a apuração de que trata o caput, ressalvadas as exceções previstas na legislação, será feita de forma individualizada, por estabelecimento, e os saldos devedor e credor poderão ser compensados entre si, observado o seguinte:

(...)

II - na Declaração de Apuração e Informação do ICMS, modelo 1 - DAPI 1 -, o valor do crédito compensado será lançado:

(...)

O direito ao creditamento do ICMS, com base no princípio da não cumulatividade disposto no art. 155, § 2ª, inciso I, da Constituição Federal, determina que seja deduzido, do imposto devido pelo contribuinte, o imposto cujo ônus foi por ele suportado em etapa anterior (vale dizer, quando das suas aquisições de mercadorias ou serviços onerados pelo ICMS).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Muito embora a Constituição Federal confira materialidade do direito ao creditamento, ele não é absoluto e deve-se observar os requisitos constitucionais e legais exigidos para o seu exercício.

As NFe foram consideradas ideologicamente falsas não somente em função da inexistência de fato da emitente Sion Trade Comércio de Café, mas também pelo fato de que as operações descritas nas NFe não ocorreram conforme descritas nos documentos fiscais.

Destaque-se que não foram anexados aos autos quaisquer comprovantes do recolhimento do imposto pago pelo remetente das mercadorias ou qualquer outro documento hábil com o intuito de demonstrar a ocorrência das operações.

Ressalte-se que o fato de uma NF-e estar com seu uso autorizado pela Fazenda Pública significa que ela recebeu uma declaração da realização de uma determinada operação comercial a partir de determinada data e que verificou previamente determinados aspectos formais (autoria, formato e autorização do emitente) daquela declaração, não se responsabilizando, em nenhuma hipótese, pelo aspecto de mérito da mesma que é de inteira responsabilidade do emitente do documento fiscal.

No que diz respeito ao direito de aproveitamento de crédito, qualquer empresa mineira do comércio atacadista de arroz, café cru, feijão, milho ou soja conhece perfeitamente ou tem o dever de conhecer os requisitos impostos pela legislação tributária mineira para aproveitamento do crédito do ICMS destacado em NFe de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação.

O abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente será permitido com a apresentação dos documentos listados no art. 63, §§ 3º, 4º e 5º do RICMS/02, capazes de comprovar a efetiva entrada da mercadoria no estado de Minas Gerais. Inclusive o §7º do art. 63, do referido Regulamento, dispõe que os documentos a que se refere o § 5º deverão ficar à disposição do Fisco.

Decreto Estadual nº 43.080/02 (RICMS/02):

Art. 63. O abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente será permitido mediante apresentação da 1ª via do respectivo documento fiscal, salvo as exceções estabelecidas na legislação tributária e nas hipóteses previstas nos incisos II e III do § 1º e no § 6º de artigo.

(...)

§ 3º O adquirente de arroz, café cru, feijão, milho ou soja, provenientes de outra unidade da Federação, somente terá direito ao crédito do respectivo imposto se:

I - comprovar a efetiva entrada da mercadoria no Estado;

II - o imposto estiver corretamente destacado na nota fiscal; e

(...)

§ 5º Na falta da comprovação da efetiva entrada da mercadoria no Estado na forma prevista no § 4º, a comprovação da operação se dará por meio de outros documentos, os quais, ou cumulativamente, possam fazer prova da mesma, tais como:

I - comprovante de pagamento do valor da operação e da prestação de serviço de transporte, quando esta ocorrer sob cláusula FOB;

II - comprovante de pagamento do ICMS relativo à operação e à prestação de serviço de transporte;

III - conhecimento de transporte relativo à prestação de serviço de transporte vinculada à operação;

IV - contrato firmado entre as partes envolvidas, desde que revestido das formalidades legais e com pertinência cronológica e material com a referida operação e prestação de serviço de transporte.

(...)

§ 7º Os documentos a que se refere o § 5º deverão ficar à disposição do Fisco a partir do 5º (quinto) dia do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento e durante o prazo decadencial para exigência do imposto. (destaque nosso)

O art. 63, § 3º, do RICMS/02 estabelece condições cumulativas para o reconhecimento do direito ao crédito relativo à entrada de café cru proveniente de outra unidade da Federação, quais sejam: comprovação da efetiva entrada da mercadoria no estado de Minas Gerais e o correto destaque do imposto no documento fiscal.

Enfatize-se que o § 5º do mesmo art. 63 do RICMS/02 estabelece outras formas de comprovação da efetiva entrada das mercadorias no estado de Minas Gerais, contudo, mesmo o Fisco intimando a Autuada para apresentação de tais documentos, eles não foram apresentados nem na fase exploratória nem na peça de impugnação.

Não se aplica a favor dos Impugnantes a Súmula nº 509 do STJ, que exige a comprovação da veracidade da compra e venda para o aproveitamento dos créditos do ICMS decorrente de nota fiscal declarada inidônea, conforme transcrita a seguir:

SÚMULA Nº 509 DO STJ:

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

A Súmula nº 509 do STJ, fundamentada no princípio da não-cumulatividade, tem o objetivo de resguardar o terceiro de boa-fé que demonstrou que a operação de compra e venda de mercadoria realmente ocorreu.

Eis alguns requisitos fundamentais da aplicação da Súmula nº 509 do STJ:

1 – Recolhimento dos impostos na origem. O aproveitamento de créditos do ICMS depende da comprovação do seu recolhimento para o estado do emitente das

NFe, pois não faz sentido o aproveitamento de um crédito de operação que não existiu de fato, nos termos do Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade do ICMS. Não é por outro motivo que o art. 70, inciso V do RICMS/02 c/c com o art. 155, II c/c § 2º, I, da Constituição Federal, vedam o aproveitamento de crédito na falta de comprovação do recolhimento do imposto na origem nas operações acobertadas com documento fiscal falso, ideologicamente falso ou inidôneo.

2 – Veracidade da compra e venda. Além da comprovação do pagamento do ICMS pelas empresas emitentes das NFe declaradas ideologicamente falsas, é necessária que haja veracidade da compra e venda.

A comprovação da veracidade da compra e venda se dá pela comprovação financeira e operacional da efetiva realização das transações comerciais de compra e venda. Assim, é preciso comprovar o pagamento real pelas aquisições de mercadorias (transmissão de propriedade); a efetiva entrada das mercadorias no estado de Minas Gerais (circulação) e; a entrega das mercadorias ao destinatário (tradição, transmissão de propriedade e circulação).

No PTA em questão, não foi apresentada uma única transferência de recursos para o remetente relativa às NFe autuadas. Logo, o mero registro das informações das NFe nos livros fiscais e nas DAPIs não é o suficiente para comprovar a efetiva realização das operações, tendo em vista que existem outros elementos que demonstram que as operações não ocorreram de fato como descritas. Além disso, os registros contábeis devem ser acompanhados de documentos que os fundamentem, o que não existe no caso.

Destaque-se que, à luz do art. 481 do Código Civil, “pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”. O repasse do preço é essencial, mas não é o único requisito para se demonstrar a veracidade da compra e venda. A transferência da propriedade de bens móveis ocorre pela tradição ou entrega da mercadoria, nos termos do art. 1.267 do Código Civil. Contudo, a tradição não transfere a propriedade quando tiver por título um negócio jurídico nulo, nos termos do art. 167 e art. 1.268, § 2º do CC/02, *in verbis*:

Código Civil (CC/02):

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º o Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigure dono.

(...)

§ 2º Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo.

A comprovação da operação, além do pagamento real ao vendedor (remetente), fato não demonstrado pela Autuada, deve-se efetivar com a entrega da coisa ao comprador (destinatário).

Essa comprovação não se dá apenas com a emissão e apresentação das NFe, mas, sim, por meio de outros elementos que fundamentem e demonstrem a idoneidade ideológica desses documentos fiscais, como, por exemplo, contratos entre as partes revestido das formalidades legais; contrato de prestação de serviço de frete; comprovante de pagamento da prestação de serviço de transporte; registro de passagem nos Postos Fiscais; recibo de entrega das mercadorias etc.

3 – Boa-fé. O terceiro requisito extraído da Súmula nº 509 é a boa-fé. Esta não se demonstra apenas com a diligência de verificar, no momento da negociação, se o vendedor está regular nos cadastros dos Fiscos Federal e Estadual. A boa-fé (ou a confirmação da má-fé) é verificada ao analisar o conjunto dos fatos relacionados às operações de compra e venda em discussão.

No julgamento do REsp repetitivo nº 1.148.444/MG, o Ministro Luiz Fux apresenta excertos de ementas de julgados pelo STJ, sendo uma delas os Embargos de Declarações no Recurso Especial 623.335/PR, da Ministra Relatora Denise Arruda, Primeira Turma, cujo julgamento se deu em 11/03/2008, DJe 10/04/2008, no sentido de que é necessário que o contribuinte demonstre que a operação comercial efetivamente se realizou, conforme transcrito a seguir:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS, COM APLICAÇÃO DE MULTA." (EDCL NOS EDCL NO RESP 623.335/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 11.03.2008, DJE 10.04.2008)

"TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO - DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO COMERCIAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS - SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. A JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA É NO SENTIDO DE QUE, PARA APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS RELATIVO A NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO, É NECESSÁRIO QUE O CONTRIBUINTE DEMONSTRE PELOS REGISTROS CONTÁBEIS QUE A OPERAÇÃO COMERCIAL EFETIVAMENTE SE REALIZOU, INCUMBINDO-LHE, POIS, O ÔNUS DA PROVA, NÃO SE PODENDO TRANSFERIR AO FISCO TAL ENCARGO. PRECEDENTES.

(...)

5. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, IMPROVIDO." (RESP 737.135/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 14.08.2007, DJ 23.08.2007)"

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO MERCANTIL. NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE. TRIBUNAL DE ORIGEM. SOBERANIA NA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. NÃO VIOLA OS ARTS. 458, II, E 535, II, DO CPC, TAMPOUCO NEGA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, O ACÓRDÃO QUE ADOTA FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA DECIDIR DE MODO INTEGRAL A CONTROVÉRSIA. **2. A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PACIFICOU-SE NO SENTIDO DE QUE O ADQUIRENTE DE BOA-FÉ NÃO PODE SER RESPONSABILIZADO PELA INIDONEIDADE DE NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA EMPRESA VENDEDORA, SENDO CERTO QUE, NESSE CASO, É POSSÍVEL O APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS RELATIVO ÀS REFERIDAS NOTAS FISCAIS. TODAVIA, PARA TANTO, É NECESSÁRIO QUE O CONTRIBUINTE DEMONSTRE, PELOS REGISTROS CONTÁBEIS, QUE A OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA EFETIVAMENTE SE REALIZOU, INCUMBINDO-LHE, PORTANTO, O ÔNUS DA PROVA. 3. O DISPOSTO NO ART. 136 DO CTN NÃO DISPENSA O CONTRIBUINTE, EMPRESA COMPRADORA, DA COMPROVAÇÃO DE QUE AS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS CORRESPONDEM A NEGÓCIO EFETIVAMENTE REALIZADO. 4. O TRIBUNAL DE ORIGEM, SOBERANO NA ANÁLISE DAS PROVAS,**

ENTENDEU QUE OS DOCUMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS NÃO DEMONSTRARAM A EFETIVA OCORRÊNCIA DA OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA. DESSE MODO, QUALQUER CONCLUSÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO AO QUE FICOU EXPRESSAMENTE CONSIGNADO NO ACÓRDÃO RECORRIDO DEMANDA NECESSARIAMENTE O REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO, O QUE, POR SI SÓ, INVIABILIZA O RECURSO ESPECIAL, ANTE O ÓBICE CONTIDO NA SÚMULA 7 DESTA CORTE: "A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL." 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(STJ - RESP: 623335 PR 2004/0004907-2, RELATOR: MINISTRA DENISE ARRUDA, DATA DE JULGAMENTO: 07/08/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJ 10/09/2007 P. 187) (GRIFOU-SE)

O STJ condicionou o aproveitamento do crédito do ICMS nessas circunstâncias à boa-fé do adquirente e a comprovação, por este, da veracidade da compra e venda efetuada, conforme ementa abaixo:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. CRÉDITO DE ICMS. NOTA FISCAL POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA. SÚMULA 509/STJ. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. RECONHECIMENTO, NA ORIGEM, DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA OPERAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A CONTROVÉRSIA EM DESLINDE VERSA SOBRE A POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS DERIVADO DE NOTA FISCAL POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA PELO FISCO ESTADUAL.

2. A MATÉRIA JÁ ESTÁ SUMULADA POR ESTA CORTE NO VERBETE 509, QUE CONTÉM A SEGUINTE REDAÇÃO: "É LÍCITO AO COMERCIANTE DE BOA-FÉ APROVEITAR OS CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTES DE NOTA FISCAL POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA, QUANDO DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA."

3. OS PRECEDENTES DO STJ QUE ENSEJARAM A REFERIDA SÚMULA CONDICIONAM O APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DO ICMS NESSAS CIRCUNSTÂNCIAS À BOA-FÉ DO ADQUIRENTE E À **COMPROVAÇÃO, POR ESTE, DA VERACIDADE DA COMPRA E VENDA EFETUADA.**

4. DESSA EXIGÊNCIA NÃO DISCREPARAM AS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONSIDEROU O TRIBUNAL RECORRIDO: "**OS DOCUMENTOS TRAZIDOS AOS AUTOS PERMITEM CONCLUIR PELA EFETIVIDADE DAS OPERAÇÕES DE COMPRA E VENDA, NÃO HÁ JUSTIFICATIVA PARA AFASTAR A ALEGADA BOA-FÉ DA APELADA, QUE EVIDENTEMENTE NÃO PODE SER PENALIZADA PELA POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA EMPRESA EMITENTE DAS NOTAS FISCAIS.**" (FL. 268, E-STJ).

5. A SENTENÇA TAMBÉM ASSENTOU: "**NO PRESENTE CASO A AUTORA ACOSTOU OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO**

REFERENTE A AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS QUE DERAM ORIGEM AO CRÉDITO, CONFORME SE VERIFICA EM FLS.48/62 E 65/72, DOCUMENTO APTO A DEMONSTRAR A REGULARIDADE DA OPERAÇÃO. AS NOTAS FISCAIS QUE ORIGINARAM O CRÉDITO FORAM DE FATO EMITIDAS NO MÊS DE CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO DA FORNECEDORA NO SINTEGRA, PORÉM EM DATA ANTERIOR AO CANCELAMENTO, QUE SE DEU EM 19/04/2011." (FL. 211, E-STJ).

6. EXTRAÍ-SE DOS JULGADOS PROFERIDOS QUE A CONTROVÉRSIA FOI DIRIMIDA COM FUNDAMENTO NO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. PARA ANALISAR O MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL E MODIFICAR O ENTENDIMENTO FIRMADO NO ACÓRDÃO RECORRIDO, SERIA INDISPENSÁVEL EXCEDER AS RAZÕES NESTE COLACIONADAS E ADENTRAR AVALIAÇÃO VEDADA EM RECURSO ESPECIAL, CONFORME SÚMULA 7 DESTA CORTE: "A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL."

7. REGISTRE-SE QUE O ACÓRDÃO IMPUGNADO SE LIMITOU A AFIRMAR QUE A INSTRUÇÃO DOCUMENTAL PERMITIA CONCLUIR PELA REGULARIDADE DAS OPERAÇÕES DE COMPRA E VENDA EFETUADAS PELA AUTORA. NÃO TROUXE EM SEU CONTEÚDO A DESCRIÇÃO DOS DOCUMENTOS QUE O LEVARAM A TAL CONVICÇÃO, O QUE AFASTA A PERSPECTIVA DE MERA REVALORAÇÃO DE PROVAS E NÃO DE REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS.

8. NO QUE TOCA À INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PELA ALÍNEA "C", ESTE TRIBUNAL TEM O ENTENDIMENTO DE QUE A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE IMPEDE O EXAME DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL, NA MEDIDA EM QUE FALTA IDENTIDADE ENTRE OS PARADIGMAS APRESENTADOS E OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO, TENDO EM VISTA A SITUAÇÃO FÁTICA DO CASO CONCRETO, COM BASE NA QUAL DEU SOLUÇÃO À CAUSA A CORTE DE ORIGEM. PRECEDENTES.

9. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (GRIFOU-SE)

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.689.936 - SP (2017/0166687-7) – DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJE 16/10/2017)

Reitere-se que as publicações da legislação e demais normas tributárias têm o condão de dar notoriedade e publicidade para evitar o desconhecimento da lei por parte dos contribuintes; sendo certo que, de acordo com o art. 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/42, ninguém pode se eximir de cumprir a lei alegando o seu desconhecimento, *in verbis*:

Decreto-Lei nº 4.657/42:

Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Restou comprovado que os documentos fiscais autuados foram invalidados não somente por meio dos vícios identificados no Ato Declaratório de Inidoneidade, mas também está condicionado à idoneidade ideológica e material da documentação, à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

escrituração nas condições estabelecidas na legislação e, principalmente, ao pagamento do imposto na origem.

Dessa forma, não devem proceder as alegações dos impugnantes de que desconheciam o fato de serem as notas fiscais eletrônicas ideologicamente falsas, em razão de publicação de declaração de Falsidade/Inidoneidade posterior à escrituração.

Por todo o exposto, é notório que a Autuada incidiu em infração à legislação tributária, ao receber e escriturar NFe ideologicamente falsas, apropriando-se do crédito do ICMS nelas destacado. Corretas as exigências da Fiscalização.

Resta clara a participação do sócio proprietário nos atos que incidiram em infração à legislação tributária e culminaram em apropriação indevida de créditos de ICMS. De igual modo, igualmente clara a participação do Sr. Jhon Lennon Garcia Felício nos atos e gestão dos negócios da Autuada, mediante a farta documentação trazida aos autos, inclusive aquelas de cunho criminal.

Corretas as exigências da Fiscalização e a eleição do polo passivo nas pessoas do sócio proprietário Sr. Rafael de Souza Silva e de seu sócio real o Sr. Jhon Lennon Garcia Felício.

No mesmo sentido, embora não tenham se manifestado nem apresentado Impugnação, correta a eleição dos Srs. Willian Telles, Flávio Ricardo Basan Cavinatti, Thiago de Paula Magalhães e Eduardo Neves Santos, elaboradores, emitentes e fornecedores das NFe autuadas (art. 137, I c/c art. 124, I do CTN e art. 21, XII da Lei nº 6.763/75) e administradores da Sion Trade (art. 135, III c/c art. 124, II do CTN e art. 21, § 2º, II da Lei nº 6.763/75).

No tocante à eleição do profissional de contabilidade, Sr. Moacyr Rodrigues Simão, como Coobrigado, em que pese a argumentação da Fiscalização, os elementos trazidos aos autos e apontados como prova pela autoridade fiscal carecem de força probante em dois aspectos:

1 – Não comprovam a existência de dolo específico ou má-fé do Impugnante/Contabilista;

2 – Não comprovam a existência de interesse comum do Impugnante/Contabilista nos negócios da Autuada nem se houve ganho econômico ou financeiro por parte do Impugnante.

O art. 21 da Lei nº 6.763/75, em seu § 3º, assim dispõe:

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária

(...)

§ 3º - São também pessoalmente responsáveis o contabilista ou o responsável pela empresa prestadora de serviço de contabilidade, em relação ao imposto devido e não recolhido em função de ato por eles praticado com dolo ou má-fé. (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reitere-se que os documentos apresentados pela Fiscalização para justificar a inclusão do profissional de contabilidade no polo passivo carecem de força probante. Os Doc. 46 e 47 são procurações dadas pela Autuada ao profissional de contabilidade para que ele possa exercer as suas atividades e representá-la ante à Junta Comercial, como se depreende abaixo:

“E, pelo outorgante me foi dito que, nomeia e constitui seu bastante procurador: MOACYR RODRIGUES SIMAO, brasileiro, casado, contador, residente e domiciliado na Rua Capitão Rafael, nº 52, 2º andar, Centro, nesta cidade de Manhuaçu, estado de Minas Gerais, portador da Carteira de Identidade nº MG-089420/0-6 CRC/MG, CPF nº 014.576.846-59; a quem confere poderes específicos para assinar atos de constituição, alteração, alteração de nome, de objeto social, atividades, nome de fantasia, capital social, endereço de sede e etc, transformação em Eireli Empresario Individual de Responsabilidade Limitada, Transformação em Empresario Individual, transformação em qualquer outra natureza jurídica, extinção, comunicação de paralisação, enquadramento e desenquadramento de ME/EPP, Requerimentos / Capas de processos e demais atos, contendo deliberação sobre aquisição, cessão, compra, venda, doação, subscrição ou alienação de cotas, autocontratação, receber haveres, e/ou outras matérias a listar, a serem apresentados para requerimento/arquivamento perante a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais - JUCEMG, nas empresas/sociedades Souza COMERCIO DE CAFÉ LTDA ME, com sede à Rua Avelino Dutra, nº 15, Bairro Santa Terezinha, em Manhuaçu, estado de Minas Gerais, CEP 36900-000...” (Grifou-se)

A procuração constante do Doc. 47 apresenta o mesmo teor, porém agrega a autorização para assinatura de documentos por meio de certificação digital.

Em ambas as procurações não identifica nenhum mandato para que o profissional contabilista exerça os atos próprios de gestão da mandatária, razão por que esses documentos não fazem nenhuma prova em desfavor do Sr. Moacyr Rodrigues Simão.

O Doc. 50, igualmente apresentado pela Fiscalização, também não faz prova contra o profissional contabilista. Dos 8 (oito) e-mail trocados, 7 (sete) se referem a cobrança por parte de funcionários da empresa de contabilidade e não do Sr. Moacyr Rodrigues Simão à Autuada, para que ela entregue as documentações e extratos bancários necessários ao correto trabalho de uma empresa contábil.

O último e-mail anexado retrata com mais vigor a preocupação da empresa contábil com o correto comportamento de seu cliente, no caso a Autuada, advertindo-a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos perigos inerentes a uma demonstração contábil frágil, carente de sustentação, inclusive sobre possíveis ações do Fisco contra o seu cliente.

Enfatize-se que os três documentos apresentados, ao contrário do alegado pela Fiscalização, não possuem a força probante alegada para confirmar a existência de dolo, má fé ou de fraude praticada pelo profissional de contabilidade, nos termos do § 3º do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

Isto posto, incorreta a eleição do profissional de contabilidade, Sr. Moacyr Rodrigues Simão no polo passivo da obrigação.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir o contabilista do polo passivo da obrigação tributária. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 05 de julho de 2023.

Wertson Brasil de Souza
Relator

André Barros de Moura
Presidente