

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.475/09/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000158440-71
Recurso de Revisão: 40.060124838-04
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Bamaq S/A Bandeirantes Máquinas e Equipamentos
IE: 186140008.00-05
Proc. S. Passivo: Peter de Moraes Rossi/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR - ATO/NEGÓCIO JURÍDICO - FALTA DE DESCONSIDERAÇÃO. Imputação fiscal de vendas de mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais próprios e sem o recolhimento do ICMS devido. Entretanto, restou comprovado nos autos a inobservância, por parte do Fisco, de formalidade prevista na legislação tributária, em especial o disposto nos arts. 205, da Lei nº 6.763/75 e 83 e 110 do RPTA/MG, o que determina a nulidade do lançamento do crédito tributário. Recurso conhecido e não provido. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre vendas de mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais próprios e sem o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, nos exercícios de 2006 e 2007, vez que as operações foram acompanhadas por notas fiscais emitidas por contribuintes estabelecidos em outras Unidades da Federação diretamente para estabelecimentos localizados neste Estado.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, II, da Lei nº 6.763/75, majorada em 100% (cem por cento), face à constatação de reincidência, nos termos do art. 53, § 7º, da mesma lei, exceto em relação ao mês de outubro de 2007, cuja majoração foi de 50% (cinquenta por cento), uma vez decorridos mais de 5 (cinco) anos da primeira infração tomada como referência.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 18.302/09/2ª, pelo voto de qualidade, declarou nulo o Auto de Infração pela falta de desconsideração do ato ou negócio jurídico.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador o Recurso de Revisão de fls. 1.139/1.147, contra o qual a Recorrida se manifesta às fls. 1.150/1.166.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, I, § 4º do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

A autuação versa sobre vendas de mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais próprios e sem o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, nos exercícios de 2006 e 2007, vez que as operações foram acompanhadas por notas fiscais emitidas por contribuintes estabelecidos em outras Unidades da Federação diretamente para estabelecimentos localizados neste Estado.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, II da Lei nº 6.763/75, majorada em 100% (cem por cento), face à constatação de reincidência, nos termos do art. 53, § 7º, da mesma lei, exceto em relação ao mês de outubro de 2007, cuja majoração foi de 50% (cinquenta por cento), uma vez decorridos mais de 5 (cinco) anos da primeira infração tomada como referência.

A Autuada argui em sede de impugnação, em preliminar, a nulidade do Auto de Infração argumentando que o Fisco, ao desconsiderar a “intermediação” que teria sido por ela realizada, descumpriu a rotina processual prevista no art. 83 do RPTA/MG, pois, segundo sua afirmação, não foi observado o procedimento prévio determinado no referido artigo.

Frise-se, de início, que nem todos os casos envolvendo interpostas pessoas ou operações demandam a desconsideração do ato ou negócio jurídico, especialmente quando a exigência fiscal decorre das chamadas presunções legais, lançadas por normas tributárias ou quando lastreadas em elementos de provas, mas sem desconsiderar outras provas escrituradas pelos contribuintes.

A título de exemplo, e apenas isso, repita-se, é possível identificar diversas situações que não demandam a aplicação da legislação tributária mineira, no tocante ao tratamento preliminar do lançamento. Exemplifica-se:

- importação indireta;
- saída de mercadoria de estabelecimento do mesmo titular em outro Estado, em remessa para consumidor final, quando o negócio jurídico tenha sido firmado por intermédio do estabelecimento mineiro;
- empréstimos, mútuos e contratos diversos relativos à denominada “receita sem comprovação de origem”;
- encerramento da suspensão do imposto, nas situações previstas na norma regulamentar;
- situações que envolvam transferência de propriedade da mercadoria, em armazéns gerais e depósitos, desde que devidamente provada nos autos;
- todas as hipóteses de presunção legal estabelecidas em lei ou regulamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso ora em litígio, no entanto, da análise do Auto de Infração (AI), bem como da Manifestação Fiscal posterior, constata-se que busca o Fisco por meio da presente autuação, a desconsideração do ato/negócio jurídico, consubstanciado na alegada representação comercial existente entre a Autuada e as empresas localizadas em outras Unidades da Federação.

Nesse sentido restou consignado na manifestação fiscal, fls. 1.040 dos autos:

“VALE LEMBRAR QUE A FISCALIZAÇÃO DA DELEGACIA DE CONTAGEM, NA PRESENÇA DA FISCAL E DA COORDENADORA FISCAL, REUNIRAM-SE NO MÊS DE MARÇO DE 2008 COM OS REPRESENTANTES DA BAMAQ, O SEU PROCURADOR E O SEU ASSISTENTE DE DIRETORIA. A FISCALIZAÇÃO MARCOU ESTA REUNIÃO PARA OBTER ESCLARECIMENTOS DOS REPRESENTANTES DA BAMAQ SOBRE AS OPERAÇÕES MENCIONADAS NOS AUTOS. AS SERVIDORAS FISCAIS QUESTIONARAM AS OPERAÇÕES E OS REPRESENTANTES DA BAMAQ AFIRMARAM QUE NÃO ERAM VENDAS E QUE SE TRATAVAM DE SIMPLES “INTERMEDIÇÃO/REPRESENTAÇÃO”.

NESTA REUNIÃO, A FISCALIZAÇÃO INTRODUZIU O ASSUNTO, QUESTIONOU, PONDEROU SOBRE ESTAS OPERAÇÕES DE “INTERMEDIÇÃO/REPRESENTAÇÃO” DA BAMAQ, TORNANDO-SE CLARO QUE A MATÉRIA ERA OBJETO DE QUESTIONAMENTO FISCAL”.

No que se refere à desconsideração do ato/negócio jurídico dispõe o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional:

“Art. 116 -
(...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

A Lei nº 6.763/75 vem confirmar tal dispositivo em seu art. 205:

“Art. 205 - A autoridade fiscal poderá desconsiderar ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de descaracterizar a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, assegurado o direito de defesa do sujeito passivo.”

Além disso, o RPTA/MG prevê, em seu art. 83, um procedimento específico para que se dê essa desconsideração:

“Art. 83. Para efeitos de desconsideração do ato ou negócio jurídico o servidor, após o início da ação fiscal, deverá:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - intimar o sujeito passivo a prestar esclarecimentos, no prazo de 20 (vinte) dias, sobre os fatos, causas, motivos e circunstâncias que levaram à prática do ato ou do negócio jurídico com indício de dissimulação;

II - após a análise dos esclarecimentos prestados, caso conclua pela desconsideração, discriminar os elementos ou fatos caracterizadores de que os atos ou negócios jurídicos foram praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária;

III - descrever os atos ou negócios equivalentes aos praticados, com as respectivas normas de incidência dos tributos; e

IV - demonstrar o resultado tributário produzido pela adoção dos atos ou negócios equivalentes referidos no inciso anterior, com especificação, por imposto, da base de cálculo, da alíquota incidente e dos acréscimos legais."

E nem se argumente que, se tratando a hipótese dos autos de uma simulação ou fraude à lei, não seria caso de desconsideração do negócio jurídico.

Com efeito, o bem elaborado parecer da Assessoria do Conselho que tratou com profundidade da questão, opinou que:

"Em outras palavras, entende esta Assessoria que os negócios jurídicos contaminados por ilícitos típicos, caracterizadores de evasão fiscal, como **a fraude comum e a simulação**, não precisam ser desconsiderados (negócio aparente), bastando ao Fisco comprovar a fraude ou a simulação e a ocorrência do fato gerador do tributo relativo ao negócio dissimulado (negócio efetivamente praticado – negócio real)."

E o fez com base na doutrina do Professor Marco Aurélio Greco, citado no substancial trabalho elaborado, bem como no disposto no art. 167, do Código Civil.

Desse modo, repita-se, a acusação fiscal é de que a Autuada teria praticado uma simulação ou uma fraude à lei, adotando um negócio jurídico (representação) com o objetivo de dissimular a ocorrência do verdadeiro negócio jurídico (compra e venda), fato gerador do ICMS exigido, e, ainda, que neste caso não se aplicaria o disposto no art. 116, parágrafo único do CTN, por se tratar de negócio nulo.

Ora, a representação comercial não é atividade ilegal, desse modo, perfeitamente possível a contratação realizada entre a Autuada e as empresas *Vendor Comercial de Máquinas e Equipamentos Ltda* e *Proton Primus Máquinas e Equipamentos Ltda*.

Ressalte-se, que como expressamente reconhecido na manifestação fiscal o negócio de representação efetivamente ocorreu:

“Portanto, a intermediação de vendas da BAMAQ não foi em momento algum descaracterizada, pelo contrário, ela foi confirmada e reforçada na conclusão fiscal de que as vendas foram intermediadas, mas também, realizadas de fato pela BAMAQ, mediante provas documentais sólidas e robustas, anexadas aos autos.”

Desse modo, razão não assiste ao Auto de Infração lavrado, pois conforme trecho acima transcrito o negócio realizado não foi simulado, mas efetivamente ocorreu, segundo o próprio Fisco, e com o objetivo de dissimular a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Portanto, clara a incidência do art. 116, parágrafo único no caso em tela.

Para sustentar este entendimento, o próprio Professor Marco Aurélio Greco, em trecho citado no parecer da Assessoria do Conselho afirma:

“A autoridade administrativa pode desconsiderar atos ou negócios praticados com a finalidade de dissimular. Não atos praticados mediante dissimulação ou simulação, mas atos com a finalidade de dissimular. Aqui está qualificado o efeito e não a hipótese. Todo e qualquer ato que levar ao efeito da dissimulação e que tenha sido realizado com essa finalidade, vai estar alcançado pela hipótese legal do par. único do artigo 116.”

Ressalte-se, que tendo em vista o próprio princípio da unicidade do direito invocado no parecer da Assessoria do Conselho, existindo no âmbito tributário previsão expressa de um procedimento específico para se reconhecer a dissimulação, não há como se afastar este procedimento sob pena de fazer letra morta do dispositivo tributário, em flagrante violação ao disposto no art. 110 do RPTA/MG.

Como se observa dos autos, tal procedimento não foi seguido pelo Fisco, sendo certo que, existindo um procedimento determinado na legislação para a prática de determinado ato, não há como o mesmo ser suprido por um procedimento informal.

A inobservância do procedimento estabelecido no RPTA/MG acarreta a nulidade absoluta do lançamento.

Com efeito, no caso dos autos, para promover o lançamento objurgado o Fisco não levou em consideração ou, de modo diverso, desconsiderou as questões abaixo indicadas:

- 1) as operações documentadas entre a Autuada e a empresa Vendor Comercial de Máquinas e Equipamentos Ltda;
- 2) as operações entre a Autuada e a empresa Proton Primus Máquinas e Equipamentos Ltda;
- 3) as operações entre Proton Primus Máquinas e Equipamentos Ltda. e Vendor Comercial de Máquinas e Equipamentos Ltda (RJ X ES) e a posterior remessa aos estabelecimentos mineiros;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

4) os documentos fiscais emitidos e inerentes às operações denominadas pela Autuada de intermediação;

5) os lançamentos contábeis da empresa BAMAQ;

6) os financiamentos das aquisições dos equipamentos, firmados entre os adquirentes mineiros e órgãos públicos de fomento;

7) as operações entre Proton Primus Máquinas e Equipamentos Ltda e os adquirentes mineiros.

Assim, não tendo sido observado o procedimento estabelecido na legislação, não há como o AI ser mantido, tratando-se de lançamento nulo, razão pela qual deve-se negar provimento ao recurso da Fazenda Pública Estadual.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, também à unanimidade, em negar provimento ao Recurso. Pela Recorrida, sustentou oralmente o Dr. Peter de Moraes Rossi e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), André Barros de Moura, Maria de Lourdes Medeiros e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 28 de agosto de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Roberto Nogueira Lima
Relator