

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.017/13/3ª Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.000172818-63

Impugnação: 40.010132467-39, 40.010132473-10 (Coob.), 40.010132470-77 (Coob.), 40.010132471-58 (Coob.), 40.010132474-92 (Coob.), 40.010132468-10 (Coob.), 40.010132469-92 (Coob.), 40.010132472-39 (Coob.)

Impugnante: Águas Minerais Igarapé Ltda
IE: 301796064.00-00
Altidorio Ferri Amaral (Coob.)
CPF: 228.771.186-49
Cristiano Ferri Amaral (Coob.)
CPF: 177.144.436-34
Fernando Ferri Amaral (Coob.)
CPF: 070.751.116-04
Marilene Aparecida Vaz de Oliveira (Coob.)
CPF: 919.473.836-04
Paulo Roberto Camargo (Coob.)
CPF: 200.781.296-72
Ricardo Ferreira Pimenta (Coob.)
CPF: 118.220.236-53
Roberto Ferri Amaral (Coob.)
CPF: 129.339.026-72

Coobrigados: Jamil Saraiva Fraiha
CPF: 297.715.446-91
José Rodrigues de Jesus
CPF: 856.089.048-34
Maria da Glória Mendes Freitas
CPF: 420.038.496-53
Paula Andrea Amaral Costa
CPF: 033.103.326-75
Rafael Jorge Almeida Rodrigues
CPF: 067.186.506-41
Rogério Silva Reis

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CPF: 035.277.646-31

Sheila Costa Carvalho

CPF: 980.591.306-68

Vicente Figueiredo Sobrinho

CPF: 006.369.146-90

Proc. S. Passivo: Marcelo Braga Rios/Outro(s)

Origem: DF/Betim

EMENTA

ATO/NEGÓCIO JURÍDICO - DESCONSIDERAÇÃO - COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA - DISSIMULAÇÃO DO ATO CONSTITUTIVO - OPERAÇÕES TRIANGULARES. Restou evidenciada a existência de operações triangulares envolvendo *pseudos* distribuidores dos produtos envasados pela Autuada, de modo a reduzir o pagamento do imposto devido pelas operações próprias, justificando-se assim, a desconsideração do negócio jurídico constante das notas fiscais.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - NÃO PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Imputação de responsabilidade tributária ao sócio mandatário de empresa envolvida na triangulação das operações, com fulcro no art. 21, inciso II c/c o art. 22, §§ 2º e 3º, ambos da Lei nº 6.763/75. As provas dos autos confirmam a participação direta de todos os envolvidos, justificando a atribuição de responsabilidade solidária em relação ao crédito tributário apurado em decorrência da desconsideração dos negócios jurídicos praticados entre a Autuada e as empresas distribuidoras. No entanto, restou comprovado que o sócio Ricardo Ferreira Pimenta, à época da ocorrência dos fatos, não participava de qualquer uma das sociedades envolvidas, razão pela qual, exclui do polo passivo por não ter praticado qualquer ato contrário à lei ao tempo dos fatos objeto do lançamento.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - MANUTENÇÃO NO POLO PASSIVO - SÓCIOS MANDATÁRIOS, DIRETOR/EMPREGADO E CONTABILISTA. Imputação de responsabilidade tributária aos sócios mandatários das empresas envolvidas na triangulação das operações, diretor/empregado e contabilista, com fulcro no art. 21, inciso II c/c o art. 22, §§ 2º e 3º, ambos da Lei nº 6.763/75. As provas dos autos confirmam a participação direta de todos os envolvidos, justificando a atribuição de responsabilidade solidária em relação ao crédito tributário apurado em decorrência da desconsideração dos negócios jurídicos praticados entre a Autuada e as empresas distribuidoras.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. Constatou-se, mediante apreensão de diversos documentos fiscais e extrafiscais no estabelecimento da Autuada, a existência de operações triangulares entre o estabelecimento da Autuada e suas distribuidoras com o fim específico de reduzir o pagamento do ICMS nas operações próprias. O *modus operandi*

comprova a remessa de mercadorias diretamente do estabelecimento envasador aos seus clientes, acobertadas por documentos fiscais emitidos pelas distribuidoras, com a informação de que o imposto foi recolhido por substituição tributária. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação em dobro e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento), nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser deduzidas as parcelas de ICMS a título de operações próprias lançadas às fls. 2.431/2.432, porquanto foram recolhidas na operação de remessa para as distribuidoras, sendo essa a primeira fase da operação. Para a apuração da base de cálculo da operação própria é preciso, em primeiro lugar, excluir os valores de base de cálculo mencionados às fls. 2.431/2.432 dos montantes das operações internas lançados nas planilhas de fls. 26/31, para então efetuar o cálculo da inclusão do imposto por dentro, adicionando-os logo após a incorporação, para a apuração do imposto devido. Há, também, de se adequar a Multa de Revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento).

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, no período de 01/01/07 a 31/12/07, apurada em decorrência da desconsideração do negócio jurídico realizado entre a Autuada e os estabelecimentos distribuidores elencados nos autos.

Exige-se o ICMS pela operação própria, a Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada prevista no art. 55, incisos II da mencionada lei, majorada em 100% (cem por cento) por força do art. 53, § 7ª do referido diploma legal.

Da Impugnação

Inconformados, a Autuada e parte dos Coobrigados apresentam, tempestivamente, a Impugnação de fls. 2.425/2.444, requerendo a improcedência do lançamento.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 2.481/2.529, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 2.536/2.553, opina, em preliminar, pela admissão da desconsideração do negócio jurídico e no mérito, pela procedência parcial do lançamento para: a) excluir do polo passivo da obrigação tributária o Coobrigado Ricardo Ferreira Pimenta; b) deduzir do ICMS que vier a ser apurado, as parcelas lançadas às fls. 2.431/2.432, a título de operações próprias, adotando-se a técnica do rateio do valor total pelo número de meses, considerando-se as planilhas de fls. 26/31; c) excluir, na apuração do ICMS por dentro, as parcelas relativas a base de cálculo para operação própria informadas às fls. 2.431/2.432, adotando-se a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

técnica do rateio do valor total pelo número de meses, considerando-se as planilhas de fls. 26/31, reincorporando-as, logo após para o cálculo do imposto devido pela operação própria; d) adequar a multa de revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento).

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Cumprе registrar inicialmente que este lançamento é a sequência da apuração realizada nos PTAs nºs 01.000168185-61 e 01.000172632-11, julgados parcialmente procedentes pelo Conselho de Contribuintes, conforme Acórdãos nºs 19.620/12/2ª, 3.938/12/CE, 20.741/12/3ª e 4.047/13/CE.

Da Preliminar de Desconsideração do Negócio Jurídico

Sustenta o Fisco a existência de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, apurada em decorrência da desconsideração do negócio jurídico realizado entre a Autuada e os estabelecimentos distribuidores elencados nos autos.

De acordo com a tese do Fisco, os negócios objeto do presente lançamento eram realizados diretamente entre o estabelecimento autuado (engarrafador/engasador) e seus clientes, utilizando-se das empresas distribuidoras apenas para reduzir uma significativa parcela do ICMS devido na operação própria.

A possibilidade de desconsideração de ato ou negócio jurídico encontra-se prevista no art. 205 da Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo art. 83 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, com a seguinte redação:

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

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 84. A desconsideração do ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do imposto ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária ensejará o lançamento de ofício do respectivo crédito tributário.

Compulsando os autos, constata-se que várias intimações foram realizadas pelo Fisco, no sentido de averiguar as operações realizadas e fatos apurados a partir da apreensão de documentos no estabelecimento da Impugnante, como as intimações de fls. 2.184, 2.244 e 2.253, por exemplo.

Em tais intimações, o Fisco cita o inciso I do art. 83 do RPTA e concede 20 (vinte) dias de prazo para que os esclarecimentos sejam prestados.

Assim, cumprida a regra regulamentar, cabe agora analisar os fatos que nortearam a desconsideração dos negócios realizados entre a Autuada e as empresas envolvidas.

O Relatório Fiscal (fls. 8/23) narra os fatos e levanta as provas indiciárias, no sentido de comprovar que os estabelecimentos distribuidores atuavam apenas para reduzir o impacto do ICMS devido na operação.

Analisando as informações postas no PTA e na Manifestação Fiscal extraem-se as seguintes e principais considerações:

- Cópias de notas fiscais emitidas pela distribuidora Paula Andrea Amaral Costa (fls. 1.166/1.199) indicam que o estabelecimento utilizava os números de telefone 3799-3662 e 3799-3663, pertencentes a Águas Minerais Igarapé.

- A distribuidora Paula Andrea Amaral Costa utilizava-se, também, da linha 2104-0710, utilizada pelo serviço de telemarketing da Águas Minerais Igarapé (fls. 1.257 e 2.038).

- A Distribuidora Igarapé utilizava as linhas telefônicas (2104-0744 e 2104-0786) de propriedade da Fricon Frigorífico Industrial de Contagem S/A, ligada aos sócios da Autuada (fls. 588 e 2276).

- Conforme documentos de fls. 2009 e 2.055, resta comprovado que a funcionária e contabilista da Autuada, Marilene Aparecida Vaz, com carga horária de 44 (quarenta e quatro) horas semanais era, também, responsável pelas distribuidoras.

- Os documentos de fls. 1.577/1.584 demonstram que diversos documentos das distribuidoras foram apreendidos no estabelecimento da Autuada, sendo que a deslacrção foi acompanhada pela funcionária Marilene Aparecida Vaz (fls. 1.585/1.618).

- O Termo de Apreensão e Depósito (fls. 1.576-v) demonstra a participação do Sr. Jamil Saraiva Fraiha nos negócios, por ter assinado o documento como representante de Águas Minerais Igarapé Ltda.

- Por uma simples inspeção ocular conclui-se que nas notas fiscais de fls. 1620/1.648, emitidas por diversas distribuidoras do grupo, consta uma mesma caligrafia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- As notas fiscais de fls. 1.657/1.696 indicam a aquisição de mercadorias incompatíveis com a atividade de distribuição, uma vez que estão diretamente ligadas à atividade de engarrafamento, como sorbato de potássio, sacarina sódica, corantes e ciclomato de sódio, por exemplo. Note-se que a distribuidora Paula Andrea Amaral Costa adquiriu “preforma”, que são os *pets* para fabricação das garrafas (fls. 1.664).

- As mercadorias lançadas na nota fiscal de fls. 1.653, em nome da Distribuidora Sobrinho Ltda, foram recebidas por Giovanni Rocha, a mesma pessoa que recebe as mercadorias destinadas à Autuada, no documento de fls. 1.654.

- O Relatório de Inspeção de fls. 1.656 demonstra que a mercadoria “sacarina sódica” foi inspecionada por Lucas Amaral, que era funcionário de Paula Andrea, sendo que a mercadoria era, pela sua natureza, de uso da engarrafadora e ora Autuada.

- O mesmo Lucas Amaral assina os relatórios de inspeção para os recebimentos destinados aos estabelecimentos: Distribuidora Igarapé, Águas Minerais Igarapé, Distribuidora Sobrinho e Paula Andréa Amaral Costa, conforme documentos do “Anexo 9” do AI.

- O documento denominado “RELATÓRIO DE INSPEÇÃO NO RECEBIMENTO DE MERCADORIA” contém o mesmo padrão gráfico, sendo empregado tanto para as distribuidoras, quanto para a Autuada.

- Recebimento de matéria-prima endereçada ao estabelecimento da Distribuidora Igarapé Ltda, pelo Sr. Jose Carlos Morais, funcionário da distribuidora Paula Andrea desde o ano de 2000 (fls. 1.667).

- Intimação destinada a Águas Igarapé, recebida por Cintia Pereira, que era funcionária de Paula Andrea (fls. 1.731).

- O Sr. Wanderson Eduardo Barbosa, que era funcionário de Paula Andrea, declara-se motorista de Águas Igarapé na ocorrência policial de fls. 1.729.

- Utilização pelo Sr. Jamil e Sra. Cintia do endereço eletrônico “compras@igarape.com”, conforme documento de fls. 1.713.

- O Sr. Jamil utiliza-se do endereço eletrônico compras@igarape.com para negociar mercadorias no ano de 2003 (fls. 1.714). O mesmo senhor utiliza-se do endereço eletrônico jamil@igarape.com para atuar junto a SEF/MG como Diretor Comercial (fls. 1.711).

- Informações prestadas pelo Carrefour (fls. 1.738/1.742), dão conta da utilização dos endereços eletrônicos “Sheila@igarape.com e “jamil@igarape.com”, sendo que o contrato foi firmado com a Águas Minerais Igarapé, sob o pálio do procurador Jamil Saraiva, sendo que os produtos foram entregues com documentos emitidos pelas distribuidoras Igarapé e Sobrinho.

- O Sr. Jamil Saraiva Fraiha assina termo de acordo de parceria comercial em nome da Distribuidora Igarapé (fls. 1.750).

- Orientações para emissão de notas fiscais para as distribuidoras, expedidas pela contabilista da Autuada (fls. 2.042/2.044).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Existência de informações sobre um único canal de negociação para pedidos de mercadorias, independentemente da distribuidora emitente da nota fiscal.

Nos dois outros lançamentos julgados pelo CC/MG, foram colhidos os seguintes destaques da Manifestação do Fisco:

- mensagens oriundas de *e-mail* pertencente ao domínio “@igarape.com”, que a Impugnante admite deter a propriedade, destinadas a pessoa denominada Jamil, em que o assunto era negociação de compra de mercadorias. Uma delas, datada de 17/12/03, referindo-se a operações de interesse da DISTRIBUIDORA IGARAPÉ, e a outra datada de 08/08/08, devendo-se atentar para o período abrangido pelas duas datas: dezembro de 2003 a agosto de 2008.

- mensagens constantes dos autos do PTA 16.000145377.09, em que o Sr. Jamil se identifica como Diretor comercial da ÁGUAS MINERAIS IGARAPÉ e faz, novamente, uso de endereço eletrônico pertencente ao domínio “@igarape.com”, nas mensagens de abril 2007.

- o Sr. Jamil recebe TAD em nome da ÁGUAS MINERAIS IGARAPÉ em 15/12/08, função imprópria para quem se dizia consultor alheio aos quadros da empresa, ou para quem teria apenas “intermediado algumas poucas operações de compra de matéria-prima”, mas própria de um administrador conforme confessa o Coobrigado.

- o Sr. Jamil aparece figurando nos quadros de funcionários da empresa PEDRA GRANDE TRANSPORTES E COMERCIO LTDA, empresa que obteve este nome a partir de alteração contratual da PAULA ANDREA AMARAL COSTA, cujas operações foram desconsideradas no presente trabalho. Neste documento aparece ocupando o cargo de Gerente Comercial, no departamento denominado “Comercial (fonte)”, com registro em novembro de 2009.

Questão curiosa é uma distribuidora possuir departamento comercial na “fonte”, pois via de regra a “fonte” está na envasadora.

- o Sr. Jamil assina termo de parceria comercial em nome da DISTRIBUIDORA SOBRINHO LTDA, conforme documento de agosto de 2006, em que consta como nome fantasia da distribuidora o nome ÁGUAS MINERAIS IGARAPÉ e noutro, datado de outubro de 2007, o nome IGARAPÉ.

- o Carrefour aponta o mesmo endereço utilizado nos documentos como canal para realização dos pedidos listados na intimação CSA 13/10, ou seja, jamil@igarape.com, sendo que as compras referem-se aos estabelecimentos: ÁGUAS MINERAIS IGARAPÉ, DISTRIBUIDORA SOBRINHO E DISTRIBUIDORA IGARAPÉ.

- o Sr. Jamil, então sócio da Distribuidora Igarapé, em procurações datadas de 1996 a 2003, outorga poderes para administrar a sociedade aos sócios da ÁGUAS MINERAIS IGARAPÉ. Dentre estes documentos constam também procurações em que o Contribuinte PAULA ANDREA AMARAL COSTA, por meio de sua proprietária formal, Sra. PAULA ANDREA AMARAL COSTA, outorga plenos poderes de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

administração aos Sr. Jamil, mandatos estes datados de 1998 a 2002, sendo que num deles o Sr. Jamil figura lado a lado com um sócio da ÁGUAS MINERAIS IGARAPÉ.

A Impugnante centra sua defesa na tese de que todos os elementos trazidos aos autos pelo Fisco não se referem ao exercício fiscalizado (2007), compreendendo ações anteriores e posteriores às exigências fiscais.

De modo diverso, no entanto, o relato do Fisco na manifestação fiscal demonstra à exaustão que o *modus operandi* iniciou-se antes do exercício de 2007, perdurando, no mínimo, até 2010.

A documentação juntada demonstra que todos os envolvidos sempre estiveram vinculados à Autuada, não como distribuidores da marca, agindo com independência em seus negócios, mas sim, atrelados à Autuada, propiciando a remessa triangular de mercadorias, de modo a se tributar pelo menor valor possível e prosseguir a operação com a informação de que o imposto foi recolhido pelo sistema de substituição tributária.

Por tudo, resta demonstrada a confusão patrimonial entre os estabelecimentos, permitindo-se a conclusão de que as saídas do estabelecimento da Autuada para os distribuidores mencionadas nestes autos tiveram como fim a redução do tributo na operação própria.

Com efeito, as supostas vendas realizadas pela engarrafadora para as distribuidoras eram documentadas por valores mínimos e sobre eles calculados o ICMS devido. Em seguida, a partir das distribuidoras, os documentos eram emitidos para os verdadeiros destinatários, pelo preço efetivamente negociado, mas agora, sem a tributação pela exação estadual.

Assim, em preliminar, acata-se a desconsideração do negócio jurídico realizado entre as distribuidoras e a Autuada.

Do Mérito

A autuação versa sobre saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, no período de 01/01/07 a 31/12/07, apurada em decorrência da desconsideração do negócio jurídico realizado entre a Autuada e os estabelecimentos distribuidores elencados nos autos.

Da Responsabilidade dos Coobrigados

Decidiu o Fisco atribuir responsabilidade tributaria com fulcro no art. 21, inciso II c/c o art. 22, §§ 2º e 3º, ambos da Lei nº 6.763/75, às seguintes pessoas:

- Marilene Aparecida Vaz de Oliveira, na condição de contabilista dos estabelecimentos;

- Paula Andrea Amaral Costa; Rogério da Silva Reis; Paulo Roberto Camargo; Ricardo Ferreira Pimenta; Vicente Figueiredo Sobrinho; José Rodrigues de Jesus; Rafael Jorge Almeida Rodrigues; Cristiano Ferri Amaral; Fernando Ferri Amaral; Altidorio Ferri Amaral, Roberto Ferri Amaral, Maria da Glória Mendes Freitas e Sheila Costa Carvalho, na qualidade de sócios mandatários das pessoas jurídicas envolvidas;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Jamil Saraiva Fraiha, na condição de diretor/empregado.

O inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, assim estabelece:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

No caso do Coobrigado Ricardo Ferreira Pimenta, constata-se que o ingresso na sociedade remonta ao dia 22/10/09.

O Fisco sustenta a sua manutenção no polo passivo, invocando o disposto no art. 133 do Código Tributário Nacional - CTN, na condição de sucessor.

Aponta como supedâneo, ainda, a regra do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, que assim estabelece:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

Neste ponto, sem razão o Fisco. No primeiro caso, o art. 133 diz respeito à pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, quando então responderá pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato.

Por outro lado, o inciso XII do art. 21 cuida de norma genérica, enquanto a situação do sócio Ricardo Pimenta é específica.

No lançamento ora em análise, e em relação ao sócio Ricardo Ferreira Pimenta, não existe aquisição de fundo de comércio, mas sim, ingresso na sociedade. Como os sócios estão sendo arrolados na sujeição passiva em decorrência dos atos por eles praticados, não se pode atribuir a mesma responsabilidade a quem não participava da sociedade à época dos fatos geradores.

Destaca, ainda, o Fisco que, a partir do momento que se torna sócio de uma determinada sociedade empresária e transfere, por procuração, aos antigos sócios a condição de administrá-las com “amplos e gerais poderes”, nada mais está se fazendo do que contribuir para que a Fazenda Pública não alcance os reais sócios, em virtude

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

das obrigações resultantes de seus atos na administração da empresa, sobretudo daqueles resultantes de dolo, fraude e/ou simulação.

Prossegue o Fisco, citando os documentos de fls. 2163/2165 e 2167/2168, em que o Coobrigado, por instrumento público de procuração, devolve aos antigos sócios, Srs. Fernando Ferri Amaral, Roberto Ferri Amaral, Cristiano Ferri Amaral e Altidorio Ferri Amaral, também elencados como Coobrigados, a administração das empresas.

Destaca, ainda, que o Coobrigado em questão, ingressa na sociedade em 22/10/09 e, em 30/10/09 outorga procuração a funcionário da distribuidora Paula Andréa Amaral Costa, demonstrando estar integrado e consciente da confusão patrimonial entre a Autuada e suas distribuidoras.

Os fatos narrados pelo Fisco podem levar o Coobrigado em questão a responder, mas apenas pelo que praticou. Assim, cabe ao Fisco exigir da empresa o tributo devido nos períodos subsequentes, quando então restará configurada a responsabilidade do Ricardo Pimenta, a partir do seu ingresso na sociedade.

Nesse sentido, deve ser excluído o Coobrigado Ricardo Ferreira Pimenta do polo passivo da obrigação tributária.

Em relação aos demais sócios Impugnantes, alerta a Defesa que não foram indicados os atos por eles praticados, de modo a ensejar a responsabilidade pessoal, alicerçando a defesa no art. 5º da Instrução Normativa SCT nº 001/06.

Todos os relatos anteriores demonstram, à exaustão, a participação direta dos Coobrigados na realização de operações simuladas e triangulares, com o claro intuito de reduzir o *quantum* tributário a recolher ao Estado.

A participação do Sr. Jamil Saraiva Fraiha resta absolutamente clara, desenvolvendo papel de destaque no agir de modo contrário a lei e às normas tributárias.

Conforme bem observou o Fisco, as procurações bem demonstram que durante quase 20 (vinte) anos, as distribuidoras se mantiveram sob a responsabilidade dos srs. Fernando Ferri Amaral, Roberto Ferri Amaral, Altidorio Ferri Amaral e Cristiano Ferri Amaral.

De igual modo, a responsabilidade da contabilista Marilena Aparecida Vaz de Oliveira resta clara e objetiva, uma vez que os atos por ela praticados extrapolam a função de um Contador, colaborando com a montagem da estratégia utilizada pelo Grupo.

Nesse sentido, revela-se correta a indicação dos demais Coobrigados, cabendo a eles responder solidariamente pelo conjunto do crédito tributário.

Noutro giro, de modo preambular, requer a Impugnante a aplicação do disposto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, de modo a se ver configurada a decadência, obstando o lançamento realizado pelo Fisco.

O dispositivo em questão assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (Grifou-se).

Se este tem sido o caminho tomado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ em recentes decisões, inclusive naquelas de efeitos repetitivos, no caso dos autos a simulação das operações que conduziram à descon sideração dos negócios realizados entre a Autuada e as distribuidoras de fachada, apontam para a aplicação da regra geral estampada no art. 173, inciso I do CTN.

Assim, a contagem do prazo decadencial se faz a partir do primeiro dia do ano subsequente ao que o tributo poderia ser exigido. Logo, o prazo final para lançar em relação às obrigações do ano de 2007 encerrou-se em 31/12/12.

Considerando que a intimação do Auto de Infração em discussão ocorreu em 24/07/12, não há que se falar em decadência.

Quanto ao mérito propriamente dito, uma vez admitida a descon sideração dos negócios mencionados nos documentos fiscais, resta validada a imputação de que o negócio efetivo e verdadeiro ocorreu entre a Autuada e seus clientes, muito embora acobertados por documentos emitidos pelas distribuidoras.

Nesse sentido, aprovada a tese preliminar, nada mais resta a se questionar, porquanto o mérito do lançamento está vinculado à preliminar.

No caso dos autos, para apurar o montante do crédito tributário, o Fisco elaborou as planilhas de fls. 26/31, com as apurações individualizadas por distribuidor, ou seja: Distribuidora Igarapé Ltda – filial 0296 (fls. 26); Distribuidora Igarapé Ltda – matriz (fls. 27); Distribuidora Sobrinho Ltda (fls. 28); Comercial Mond Ltda (fls. 29); Paula Andrea Amaral Costa - filial (fls. 30) e Paula Andrea Amaral Costa – matriz (fls. 31), estando o crédito tributário consolidado na planilha de fls. 25.

Para a apuração do ICMS devido pela operação própria, o Fisco adotou o valor total dos documentos fiscais emitidos em cada período, relativos às saídas internas com substituição tributária, a eles incorporando o imposto por dentro, aplicando-se em seguida a alíquota de 18% (dezoito por cento).

Para o cálculo do ICMS, dois foram os procedimentos:

a) no tocante às distribuidoras que apresentaram os livros fiscais, apurou-se o exato montante das operações internas de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) em relação aos estabelecimentos que estão desaparecidos ou que não apresentaram arquivos eletrônicos, nem livros fiscais, a apuração preliminar se deu pela DAPI, adotando-se o valor de vendas sem débito de ICMS, tomando-os como revenda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Note-se que, no caso destes autos, o Fisco exigiu apenas o ICMS da operação própria, conforme destacado no documento de fls. 20 (Relatório Fiscal).

Analisando as planilhas de cálculo do tributo, constata-se:

- O Fisco apurou o montante de operações internas de saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (V. INTERNA ST).

- Sobre a operação própria, o Fisco incorporou o valor do imposto (ICMS por dentro), apurando a base de cálculo na operação própria (B.C.OP.P).

- Em seguida, aplicando a alíquota de 18% (dezoito por cento), calculou o valor do ICMS devido (ICMS OP.P.).

- Exigiu a penalidade prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, por considerar a existência de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, calculada sobre o valor da operação interna (V. INTERNA ST).

Importante registrar que o Fisco não faz qualquer menção à majoração da multa isolada no Relatório Fiscal, muito embora tenha sido exigido tal valor, conforme planilha de fls. 25, em relação à penalidade prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75.

Em relação aos cálculos, a Impugnante pleiteia a dedução dos valores pagos nas operações realizadas entre ela e as distribuidoras, hipótese rejeitada pelo Fisco ao argumento de que o tributo encontra-se vencido e de que não houve prova da realização das operações noticiadas nos documentos fiscais.

Com efeito, considerando o raciocínio posto anteriormente, acompanhando a tese fiscal, ou seja, considerando a existência de uma única operação, realizada entre a Autuada e o cliente final, devem ser deduzidas as parcelas relativas aos valores do ICMS da operação própria, entendendo como corretos, os valores apontados pela Impugnante na peça de defesa (fls. 2.431/2.432).

Para o cálculo da parcela mensal a deduzir, há de se utilizar a média mensal, apurada pela divisão do montante recolhido pelo número de meses da apuração, a partir de cada planilha de fls. 26/31.

Noutra linha, não se justifica a dedução do valor recolhido a título de ICMS/ST, porquanto o Fisco não está exigindo esta parcela neste Auto de Infração.

E, é exatamente por isso que a alegação da Impugnante no sentido de que a tributação do ICMS/ST, na ocasião, se fazia por pauta de valores, não faz sentido, uma vez que a pauta não interfere na operação própria.

Note-se que os valores lançados nas notas fiscais emitidas pelas distribuidoras foram aqueles efetivamente negociados com os adquirentes, e sobre eles poderia o Fisco ter exigido a diferença de ICMS/ST, caso apurasse valor maior que o de pauta.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, para o cálculo do ICMS por dentro, deve, em primeiro lugar, excluir o montante relativo às remessas efetuadas para cada distribuidora, voltando a agregá-lo após o cálculo do imposto por dentro.

A medida se justifica, uma vez que sobre o valor constante das notas fiscais emitidas pela Autuada e endereçadas às distribuidoras, limita a presunção de que a inclusão do imposto por dentro fora realizada, ou seja, sobre o valor de cada nota fiscal o ICMS já se encontra embutido no preço da mercadoria.

Como não há informação quanto ao valor mensal das remessas para as distribuidoras, deve ser adotada a média mensal de valores.

Por outro lado, ao calcular a multa de revalidação, o Fisco adotou o percentual em dobro, no período de abril a dezembro, mesmo não exigindo qualquer parcela a título de ICMS/ST.

A Impugnante alerta para o fato, entendendo que, se pertinente, a multa de revalidação deve se limitar ao percentual de 50% (cinquenta por cento).

Certo é que a pretensão do Fisco no presente lançamento é apurar o valor de comercialização do produto, valor esse que a Autuada reduziu ao emitir notas fiscais direcionando as mercadorias para os distribuidores na operação triangular.

Neste caso, o montante apurado a título de imposto por operação própria faz parte daquela parcela devida pelo envasador. Assim, sobre este valor, a multa de revalidação a ser exigida deve ser aquela prevista exclusivamente no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75, cabendo a multa em dobro apenas para a parcela devida por substituição tributária, que não é exigida no presente Auto de Infração.

Ao se manifestar sobre o assunto, afirma o Fisco que a multa de revalidação deve incidir sobre o total do ICMS apurado, em face do disposto no inciso III do § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75, que não faz qualquer distinção entre o imposto devido pela operação própria ou por substituição tributária.

O dispositivo em questão assim dispõe:

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.

§ 1º Na hipótese prevista no inciso I, ocorrendo o pagamento espontâneo apenas do tributo, a multa será exigida em dobro, quando houver ação fiscal.

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Pela letra da lei, não resta a menor dúvida de que a multa de revalidação em dobro ocorre apenas nas operações com produtos vinculados à apuração do imposto por substituição tributária e em relação à cobrança desta parcela de ICMS. Logo, não havendo a exigência de ICMS/ST, não há que se falar em multa de revalidação em dobro.

Exigiu, ainda, o Fisco, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, por considerar que as operações foram realizadas sem a documentação hábil.

Com efeito, o art. 149, inciso IV da Parte Geral do RICMS/02, com efeitos a partir de 16/03/06, assim dispõe:

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

(...)

IV - com documento não enquadrado nas hipóteses do inciso anterior ou do inciso V do caput do art. 216 deste Regulamento e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação.

(...)

Neste caso, pode-se afirmar que a mercadoria saiu do estabelecimento da Autuada com destino ao seu cliente, sendo emitidas duas notas fiscais. A primeira delas em nome da distribuidora, com imposto retido por substituição tributária e a segunda, emitida pela distribuidora, em nome do destinatário final, consignando que o imposto foi pago por substituição tributária.

Assim, conclui-se que não houve a emissão da correta nota fiscal capaz de acobertar o transporte das mercadorias do estabelecimento envasador (Autuada) para o destinatário final do produto (supermercado ou revendedor varejista).

Assim, resta configurada a ausência da nota fiscal correta, razão pela qual há de incidir a penalidade isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75.

No julgamento do PTA 01.000168185-61, a 2ª Câmara de Julgamento assim decidiu:

ACORDA A 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM ACATAR A DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. NO MÉRITO, PELO VOTO DE QUALIDADE, EM JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O LANÇAMENTO, PARA: A) EXCLUIR O COOBRIGADO PAULO ROBERTO CAMARGO; B)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DEDUZIR DO CÁLCULO DO ICMS (OPERAÇÃO PRÓPRIA E ST) AS PARCELAS LANÇADAS NAS PLANILHAS DE FLS. 1.337/1.340; C) EXCLUIR AS PARCELAS RELATIVAS À BASE DE CÁLCULO PARA A OPERAÇÃO PRÓPRIA DAS PLANILHAS DE FLS. 1337/1340 DO VALOR DAS OPERAÇÕES INTERNAS DAS PLANILHAS DE FLS. 33/37, PARA EFETUAR O CÁLCULO DA INCLUSÃO DO IMPOSTO POR DENTRO, REINCORPORANDO-AS, LOGO APÓS PARA O CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO POR OPERAÇÃO PRÓPRIA; D) EXCLUIR A MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75; E) ADEQUAR A MULTA DE REVALIDAÇÃO SOBRE A PARCELA A TÍTULO DE ICMS DEVIDO PELA OPERAÇÃO PRÓPRIA AO PERCENTUAL DE 50% (CINQUENTA POR CENTO). VENCIDOS, EM PARTE, OS CONSELHEIROS MAURO HELENO GALVÃO (REVISOR), QUE MANTINHA A MULTA ISOLADA MAJORADA EM 100% (CEM POR CENTO) NO PERÍODO DE JANEIRO A MAIO DE 2005, MAJORADA EM 50% (CINQUENTA POR CENTO) NO PERÍODO DE JUNHO A AGOSTO DE 2005 E SEM QUALQUER MAJORAÇÃO A PARTIR DE SETEMBRO DE 2005 E RICARDO WAGNER LUCAS CARDOSO, QUE, ALÉM DE MANTER A MULTA ISOLADA COM AS ADEQUAÇÕES FEITAS PELO CONSELHEIRO REVISOR, TAMBÉM MANTINHA A MULTA DE REVALIDAÇÃO EM DOBRO NA FORMA COMO LANÇADA. O CONSELHEIRO RICARDO WAGNER LUCAS CARDOSO APRESENTARÁ VOTO EM SEPARADO EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA, NOS TERMOS DO ART. 54 DO REGIMENTO INTERNO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS. PELA IMPUGNANTE, SUSTENTOU ORALMENTE O DR. MARCELO BRAGA RIOS E, PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, O DR. WENDELL DE MOURA TONIDANDEL. CONFORME ART. 163, § 2º DO RPTA/MG, ESTA DECISÃO ESTARÁ SUJEITA A RECURSO DE REVISÃO, INTERPOSTO DE OFÍCIO PELA CÂMARA, RESSALVADO O DISPOSTO NO § 4º DO MESMO ARTIGO. ACÓRDÃO Nº 19.620/12/2ª.

Posteriormente, a parcela relativa à multa isolada veio a ser restabelecida, conforme decisão da Câmara Especial, a saber;

ACORDA A CÂMARA ESPECIAL DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM CONHECER DOS RECURSOS DE REVISÃO. NO MÉRITO, QUANTO AO RECURSO Nº 40.060131997-51 - ÁGUAS MINERAIS IGARAPE LTDA, À UNANIMIDADE, EM NEGAR-LHE PROVIMENTO. QUANTO AO RECURSO Nº 40.060132236-79 - 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO, POR MAIORIA DE VOTOS, EM DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, PARA RESTABELECER AS EXIGÊNCIAS RELATIVAS A MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II DA LEI 6.763/75, MAJORADA EM 100% (CEM POR CENTO), NO PERÍODO DE JANEIRO A MAIO DE 2005, EM 50% (CINQUENTA POR CENTO) NO PERÍODO DE JUNHO A AGOSTO DE 2005 E SEM QUALQUER MAJORAÇÃO A PARTIR DE SETEMBRO DE 2005. VENCIDOS, EM PARTE, OS CONSELHEIROS SAURO HENRIQUE DE ALMEIDA (REVISOR) E LUCIANA MUNDIM DE MATTOS PAIXÃO, QUE LHE NEGAVAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO E OS CONSELHEIROS JOSÉ LUIZ DRUMOND (RELATOR) E RENÉ DE OLIVEIRA E SOUSA JÚNIOR, QUE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RESTABELECIAM AS EXIGÊNCIAS DA MULTA DE REVALIDAÇÃO DE 100% (CEM POR CENTO) PARA O ICMS, NOS TERMOS DO VOTO VENCIDO DE FLS. 1428 A 1431. DESIGNADO RELATOR O CONSELHEIRO ANDRÉ BARROS DE MOURA. PELA RECORRENTE, SUSTENTOU ORALMENTE O DR. MARCELO BRAGA RIOS E, PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, O DR. ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA. ACÓRDÃO Nº 3.938/12/CE.

O Relator designado para o acórdão, o Conselheiro André Barros de Moura, assim fundamenta a decisão:

“ORA, COM A DEVIDA VENIA, A MULTA ISOLADA APLICADA PELA SAÍDA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL É UMA DECORRÊNCIA LÓGICA DA DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO EFETUADA PELO FISCO, E REFERENDADA POR DECISÃO UNÂNIME DESTA CÂMARA, DIANTE DO FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO ACOSTADO AOS AUTOS.

O FISCO COMPROVOU, DE FORMA INCONTESTE, QUE A EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS RETRATANDO OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA ESTABELECIMENTOS COMPROVADAMENTE INTERLIGADOS À RECORRIDA/AUTUADA TINHA POR OBJETIVO FRAUDAR O ERÁRIO POR MEIO DA CONSIGNAÇÃO DE PREÇO DE PARTIDA, PARA CÁLCULO DO ICMS/ST, BEM MENOR DO AQUELE EFETIVAMENTE PRATICADO NA VENDA PARA TERCEIROS.

ASSIM, FICOU IRRETRATELMENTE DEMONSTRADO QUE AS REAIS OPERAÇÕES FORAM ENTRE A RECORRIDA/AUTUADA E SEUS EFETIVOS CLIENTES, AQUELES CONSIGNADOS NAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELOS SUPOSTOS DISTRIBUIDORES.

PORTANTO, TENDO EM VISTA QUE A RECORRIDA/AUTUADA NÃO EMITIU QUALQUER DOCUMENTO FISCAL TENDENTE A ACOBERTAR AS REAIS OPERAÇÕES APONTADAS PELO FISCO, E REFERENDADAS PELA PRÓPRIA CÂMARA, AO ACATAR A DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, OUTRA CONCLUSÃO NÃO HÁ SENÃO AQUELA QUE CONSTATA A SAÍDA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL DO ESTABELECIMENTO AUTUADO.”

Insta destacar, conforme dito alhures, que a Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 encontra-se majorada em 100% (cem por cento), sem qualquer informação no Relatório Fiscal e com indicação errônea da capitulação legal.

A constatação de reincidência e a majoração da multa isolada encontram-se normatizadas da seguinte forma:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 6º Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes. (grifou-se).

(...)

O Fisco anexa as telas de fls. 32/34, dando conta da existência dos PTAs nºs 04.000315334-96 e 04.000291394-17.

O despacho do CC/MG de fls. 2.534/2.535 confirma a reincidência em relação aos 02 (dois) PTAs (04.000291394-17 e 04.000315334-96), quitados, respectivamente, em 20/03/03 e 06/10/03, comprovando a prática de duas reincidências, o que autoriza a majoração da multa isolada e, 100% (cem por cento).

Em que pese a errônea capitulação legal (art. 56, § 7º), a Impugnante recebeu a planilha de fls. 25 com a informação da exigência desta parcela impositiva, não podendo alegar desconhecimento.

De igual modo, não se pode falar em desconhecimento das imputações lançadas nos PTAs indicadores das reincidências, uma vez que as obrigações foram quitadas, evidentemente, pela Autuada.

Assim, aplica-se ao caso o disposto no art. 92 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim determina:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida.

Dessa forma, deve ser mantida integralmente a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, ambos da Lei nº 6.763/75.

Note-se que a adequação que deve ser feita para o cálculo da incorporação do imposto não interfere nessa multa isolada uma vez que, foi calculada sobre o valor da saída interna.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à eventual quebra de sigilo bancário, cumpre destacar que os documentos juntados pelo Fisco não interferem na apuração das exigências fiscais, porquanto se prestam apenas para confirmar procedimentos da Autuada.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em acatar a desconsideração do negócio jurídico. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: a) excluir do polo passivo da obrigação tributária o Coobrigado Ricardo Ferreira Pimenta; b) deduzir do ICMS que vier a ser apurado, as parcelas lançadas às fls. 2.431/2.432, a título de operações próprias, adotando-se a técnica do rateio do valor total pelo número de meses, considerando-se as planilhas de fls. 26/31; c) excluir, na apuração do ICMS por dentro, as parcelas relativas a base de cálculo para operação própria informadas às fls. 2.431/2.432, adotando-se a técnica do rateio do valor total pelo número de meses, considerando-se as planilhas de fls. 26/31, reincorporando-as, logo após, para o cálculo do imposto devido pela operação própria; e d) adequar a multa de revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento), nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que excluía, ainda, a multa isolada. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. José Benedito Miranda. Participaram do julgamento, além do signatário, e da conselheira vencida, os Conselheiros Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 12 de junho de 2013.

José Luiz Drumond
Presidente / Relator

CL

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.017/13/3ª Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.000172818-63

Impugnação: 40.010132467-39, 40.010132473-10 (Coob.), 40.010132470-77 (Coob.), 40.010132471-58 (Coob.), 40.010132474-92 (Coob.), 40.010132468-10 (Coob.), 40.010132469-92 (Coob.), 40.010132472-39 (Coob.)

Impugnante: Águas Minerais Igarapé Ltda
IE: 301796064.00-00
Altidorio Ferri Amaral (Coob.)
CPF: 228.771.186-49
Cristiano Ferri Amaral (Coob.)
CPF: 177.144.436-34
Fernando Ferri Amaral (Coob.)
CPF: 070.751.116-04
Marilene Aparecida Vaz de Oliveira (Coob.)
CPF: 919.473.836-04
Paulo Roberto Camargo (Coob.)
CPF: 200.781.296-72
Ricardo Ferreira Pimenta (Coob.)
CPF: 118.220.236-53
Roberto Ferri Amaral (Coob.)
CPF: 129.339.026-72

Coobrigados: Jamil Saraiva Fraiha
CPF: 297.715.446-91
José Rodrigues de Jesus
CPF: 856.089.048-34
Maria da Glória Mendes Freitas
CPF: 420.038.496-53
Paula Andrea Amaral Costa
CPF: 033.103.326-75
Rafael Jorge Almeida Rodrigues
CPF: 067.186.506-41
Rogério Silva Reis

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CPF: 035.277.646-31

Sheila Costa Carvalho

CPF: 980.591.306-68

Vicente Figueiredo Sobrinho

CPF: 006.369.146-90

Proc. S. Passivo: Marcelo Braga Rios/Outro(s)

Origem: DF/Betim

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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 reside apenas na questão da penalidade isolada.

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2007, apurada em decorrência da desconsideração do negócio jurídico realizado entre a ora Impugnante e os estabelecimentos distribuidores elencados nos autos.

Exigências do ICMS pela operação própria, da Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo da Lei n.º 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da mencionada lei, majorada em 100% (cem por cento) por força do art. 53, § 7º do referido diploma legal.

Como há uniformidade de entendimento em relação a este voto e a decisão majoritária sobre praticamente toda a matéria, havendo divergência apenas no que tange à multa isolada, apenas esta questão será abordada.

O Fisco afirma que não há prova efetiva da circulação das mercadorias e, o que se tem, é uma simulação de operações.

O art. 39, § 4º, inciso II da Lei n.º 6.763/75 c/c o art. 149, inciso I da Parte Geral do RICMS/02 assim dispõe:

Lei n.º 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:

-
- III - inidôneo o documento fiscal que apresente emenda ou rasura ou esteja preenchido de forma que lhe prejudique a clareza quanto à:
- a - identificação do adquirente, do destinatário, do tomador do serviço ou do transportador;
 - b - base de cálculo, à alíquota e ao valor do imposto;
 - c - descrição da mercadoria ou do serviço.

RICMS/02

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;
-

Parte da conclusão do Fisco parece ser equivocada, pois é exatamente a confirmação de que a operação de saída ocorreu diretamente da Impugnante que autoriza a desconsideração do negócio jurídico.

Neste caso, pode-se afirmar que a mercadoria saiu do estabelecimento da Impugnante com destino ao seu cliente, sendo emitidas duas notas fiscais. A primeira delas em nome da distribuidora, com imposto retido por substituição tributária e a segunda, emitida pela distribuidora, em nome do destinatário final, consignando que o imposto foi pago por substituição tributária.

Assim, pode-se dizer que o caso, ora em análise, não se refere à inidoneidade prevista no inciso III do art. 39 da Lei n.º 6.763/75.

Contudo, é importante verificar que o caso dos autos refere-se a uma desconsideração do negócio jurídico. O que impõe dizer que o negócio jurídico ocorreu, mas foi desconsiderado pelo Fisco para efeitos tributários porque, em verdade, visava reduzir o tributo devido.

Crucial destacar que o Fisco pode, nos termos da lei, desconsiderar negócio jurídico que considerar simulado ou formulado com a finalidade de reduzir ou eliminar tributo. Contudo, a desconsideração do negócio jurídico tem a finalidade precípua de buscar o tributo que deixou de ser pago aos cofres públicos. A desconsideração do negócio jurídico não equivale a declarar aquele negócio realizado inválido do ponto de vista prático, ou seja, a desconsideração não tem o condão de retroagir no tempo e invalidar o negócio realizado no passado para outros efeitos que não o tributário.

A importância desta conclusão tem sentido até mesmo em se considerando as demais pessoas que possam estar envolvidas de boa-fé, tais como consumidores finais e clientes.

Assim, a desconsideração do negócio jurídico não invalida o negócio jurídico, mas apenas o considera ineficaz para buscar o tipo que está por trás dele e achar o real tributo devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, não há razão para justificar a exigência da penalidade isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, pois não é possível exigir que à época da ocorrência das operações a Impugnante tivesse emitido uma nota na forma como o Fisco agora considera que ocorreu a operação.

Nos moldes já destacados, não houve precisamente um desacobramento das operações na medida em que a Impugnante emitiu as notas fiscais de venda para as distribuidoras, que por sua vez emitiram as notas de vendas para os varejistas e, mantida a desconsideração do negócio jurídico, tal circunstância não tem o condão de afetar as obrigações acessórias já cumpridas.

Frente a tal situação, não merece prosperar a multa isolada, já que a Autuada não promoveu operações desacobertas de documento fiscal considerando que emitiu documentos fiscais que acobertavam as operações jurídicas então ocorridas.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para, além das exclusões promovidas pela decisão majoritária com as quais concordo, excluir, também, a multa isolada exigida, por inaplicável à espécie.

Sala das Sessões, 12 de junho de 2013.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira