

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.741/12/3ª Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.000172632-11

Impugnação: 40.010131509-36, 40.010131515-09 (Coob.), 40.010131512-74 (Coob.), 40.010131513-55 (Coob.), 40.010131508-55 (Coob.), 40.010131516-81 (Coob.), 40.010131510-11 (Coob.), 40.010131511-93 (Coob.), 40.010131514-36 (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
Jamil Saraiva Fraiha (Coob.)
CPF: 297.715.446-91
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: Paula Andrea Amaral Costa
CPF: 033.103.326-75
Rogério Silva Reis
CPF: 035.277.646-31
Vicente Figueiredo Sobrinho
CPF: 006.369.146-90
Jose Rodrigues de Jesus
CPF: 856.089.048-34
Rafael Jorge Almeida Rodrigues

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CPF: 067.186.506-41

Maria da Gloria Mendes Freitas

CPF: 420.038.496-53

Sheila Costa Carvalho

CPF: 980.591.306-68

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

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 noticiado nas notas fiscais.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – ELEIÇÃO ERRÔNEA – EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO. 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 caso do sócio Ricardo Ferreira Pimenta, no entanto, restou comprovado que a época da ocorrência dos fatos ele não participava de qualquer uma das sociedades envolvidas, razão pela qual não cabe a sua inclusão no polo passivo, por não ter praticado qualquer ato contrário a lei ao tempo dos fatos objeto do lançamento.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA – CORRETA A ELEIÇÃO – 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. Entretanto, com relação ao sócio Paulo Roberto Camargo, a sua responsabilidade deve se restringir aos fatos geradores ocorridos a partir de 09/11/06, data em que ingressou na sociedade.

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 fora recolhido por substituição tributária. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação em dobro e as Multas Isoladas capituladas no art. 55, inciso II (majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53) e inciso VII, todos da Lei nº 6.763/75. Infração parcialmente caracterizada. Entretanto, devem ser deduzidas as parcelas de ICMS a título de operações próprias lançadas às fls. 2.427/2.4281, porquanto foram recolhidas na operação de remessa para as distribuidoras, sendo esta a primeira fase da operação. Para a apuração da base de cálculo da operação própria é preciso, primeiro excluir os valores de base de cálculo mencionados às fls. 2.427/2.428 dos montantes das operações internas lançados nas planilhas de fls. 26/31, para então efetuar o cálculo da inclusão do imposto por dentro, reincorporando-os logo após a incorporação, para a apuração do imposto devido. Exclusão da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie. Adequação da Multa de Revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento).

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, no período de 01/01/06 a 31/12/06, 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 as Multas Isoladas previstas no art. 55, incisos II (majorada em 100%) e VII da mencionada lei.

Da Impugnação

Inconformados, a Autuada e parte dos Coobrigados apresentam, tempestivamente, as Impugnações de fls. 2.417/2.418 e 2.421/2.440, requerendo o cancelamento das exigências fiscais, bem como a exclusão de suas responsabilidades, no caso dos Coobrigados.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 2.472/2.544, refuta as alegações da defesa e requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 2.549/2.567, opina, em preliminar pela admissão da desconsideração do negócio jurídico e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

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

Da Preliminar de Desconsideração do Negócio Jurídico

Sustenta o Fisco a existência de saída de mercadoria desacoberta 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/embalador) 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 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.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 2.258, 2.267 e 2.278, 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.

Do quadro resumo de fls. 2.520/2.544 extraem-se as seguintes e principais considerações:

- cópias de notas fiscais emitidas pela distribuidora Paula Andrea Amaral Costa (fls. 1.157/1.512) indicam que o estabelecimento utilizava o número de telefone 3799-3662, pertencente a Águas Minerais Igarapé;

- de igual modo, a Distribuidora Igarapé também utilizava a mesma linha telefônica (3799-3662) de propriedade da Autuada (fls. 1.059/1.156);

- conforme documentos de fls. 1.569/1.587, resta comprovado que a funcionária da Autuada, Marilene Aparecida Vaz, com carga horária de 44 (quarenta e quatro) horas semanais era, também, responsável pelas distribuidoras;

- os documentos de fls. 1.588/1.631 demonstram que diversos documentos das distribuidoras foram apreendidos no estabelecimento da Autuada, sendo que a deslactação foi acompanhada pela funcionária Marilene Aparecida Vaz (fls. 1.568/1.631);

- o Termo de Apreensão e Depósito (fls. 1.589-v) demonstra a participação do senhor Jamil Saraiva Fraiha nos negócios, por ter assinado o documento como representante de Águas Minerais Igarapé Ltda;

- as notas fiscais de fls. 1.666/1.712 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;

- as mercadorias lançadas na nota fiscal de fls. 1.666, 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. 1.667;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os documentos de fls. 1.666/1.712 contêm a menção de que a compradora é a Cíntia, que por sua vez era funcionária da Paula Andrea, mas atuava em nome das distribuidoras e da Autuada;

- o Relatório de Inspeção de fls. 1.674 demonstra que a mercadoria “sorbato de potássio” fora 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 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. José Carlos Morais, funcionário da distribuidora Paula Andrea desde o ano de 2000;

- intimação destinada a Águas Igarapé, recebida por Cintia Pereira, que era funcionária de Paula Andrea (fls. 1.745);

- intimação enviada para a Distribuidora Igarapé às fls. 1.744, recebida por Wanderson Eduardo, que era funcionário de Paula Andrea, mas que se declara motorista de Águas Igarapé na ocorrência policial de fls. 1.741/1743;

- utilização pelo Sr. Jamil e Sra. Cintia do endereço eletrônico “compras@igarape.com”, conforme documento de fls. 1.727;

- o Sr. Jamil utiliza-se do endereço eletrônico compras@igarape.com para negociar mercadorias no ano de 2003 (fls. 1.728/1.735). O mesmo senhor utiliza-se do endereço eletrônico Jamil@igarape.com para atuar junto a SEF/MG como Diretor Comercial (fls. 1.724/1.726);

- informações prestadas pelo Carrefour (fls. 1.752/1.756), dão conta da utilização dos endereços eletrônicos “Sheila@igarape.com e “jamil@igarape.com”, sendo que o contrato fora firmado com a Águas Minerais Igarapé, sob o palio do procurador Jamil Saraiva (fls. 490), sendo que os produtos foram entregues pelas distribuidoras Igarapé e Sobrinho.

- o Sr. Jamil Saraiva Fraiha assina termo de acordo de parceria comercial em nome da Distribuidora Igarapé (fls. 1.764/1.787).

- orientações para emissão de notas fiscais para as distribuidoras, expedidas pela contabilista da Autuada (fls. 2.056/2.058);

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

Na mesma linha, colhem-se os seguintes destaques na Manifestação do Fisco:

- mensagens oriundas de e-mail pertencente ao domínio “@igarape.com”, que a Impugnante admite deter a propriedade conforme fls. 2264 destes autos, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

período abrangido pelas duas datas: dezembro de 2003 a agosto de 2008 (fls. 1727 e 1728);

- 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 (fls. 1.724 e 1.725);

- 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”, conforme alegou a Impugnante às fls. 2.235, mas própria de um administrador conforme confessa o coobrigado (fls. 1.719).

- o Sr. Jamil aparece figurando o quadro 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. (fls. 2.080).

- 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 IGARAPE (fls. 1.931 e 1.932).

- o Carrefour aponta o mesmo endereço utilizado nos documentos como canal para realização dos pedidos listados na intimação CSA 13/2010 (fls. 1.749), ou seja, jamil@igarape.com, sendo que as compras se referem aos estabelecimentos: AGUAS MINERAIS IGARAPÉ, DISTRIBUIDORA SOBRINHO E DISTRIBUIDORA IGARAPÉ (fls. 1.752).

- 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 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 (fls. 2.182 a 2.194).

A Impugnante centra sua defesa na tese de que todos os elementos trazidos aos autos pelo Fisco não se referem ao exercício fiscalizado (2006), compreendendo ações posteriores às exigências fiscais.

De modo diverso, no entanto, o quadro elaborado pelo Fisco em anexo à Manifestação Fiscal (fls. 2.520/2.544) e os apontamentos na manifestação demonstram

à exaustão que o *modus operandi* iniciou-se antes do exercício de 2005, perdurando, no mínimo, até 2008.

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 fora 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, deve ser admitida a desconsideração do negócio jurídico realizado entre as distribuidoras e a Autuada, imputando-lhes a pecha de operações triangulares.

Do Mérito

Cumpra, de início, registrar que este lançamento é a sequência da apuração realizada no PTA nº 01.000168185-61, julgado parcialmente procedente pelo Conselho de Contribuintes, conforme Acórdãos nºs 19.620/12/2ª e 3.938/12/CE.

Conforme relatado, trata o presente lançamento de imputação fiscal de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, no período de 01/01/06 a 31/12/06, 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 tributária com fulcro no art. 21, inciso II c/c o art. 22, §§ 2º e 3º, ambos da Lei nº 6.763/75, as 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; Jose 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;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme visto no PTA nº 01.000168185-61, o Coobrigado Paulo Roberto Camargo não era sócio à época dos fatos referidos no trabalho fiscal, chegando à sociedade somente em novembro de 2006.

O Fisco sustenta a sua manutenção no polo passivo, invocando o disposto no art. 133 do 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 atos praticados pelas pessoas nele mencionadas.

No lançamento ora em análise, e em relação ao sócio Paulo Roberto Camargo, 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 ele praticados, não se pode atribuir a mesma responsabilidade a quem que só veio a ingressar na sociedade em 09/11/06. Portanto, a responsabilidade do Sr. Roberto Camargo deve se restringir aos fatos geradores ocorridos a partir da data de seu ingresso na sociedade.

A mesma situação ocorre com o Coobrigado Ricardo Ferreira Pimenta, cujo ingresso na sociedade remonta ao dia 22/10/09.

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

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

A mesma retórica veio na peça em apartado, apresentada pelo Coobrigado Jamil Saraiva Fraiha, que argumenta, ainda, que prestou apenas assessoria comercial à Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Neste 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.

No entanto, este E. Conselho tem decidido reiteradamente que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, donde o prazo de 5 (cinco) anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2006, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/07, findando-se em 31/12/11. Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 23/12/11 e que o Sujeito Passivo foi intimado por AR em 28/12/11 (fls. 2.402), verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência de decadência do direito do Fisco de promover o lançamento em apreço.

O § 4º do art. 150 do CTN disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo Sujeito Passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa, sendo que a referida Autoridade, tomando conhecimento deste procedimento efetuado pelo Contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

O dispositivo em questão assim dispõe:

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).

Contudo, mesmo para aqueles que defendem a tese de que o prazo decadencial é regido pelo art. 150 do CTN, deve-se ressaltar que o caso em apreço

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

envolve simulação das operações que conduziram à desconsideração dos negócios realizados entre a Autuada e as distribuidoras de fachada, hipótese em que ocorre a transferência do *dies a quo* do suposto prazo decadencial que se considera estabelecido pelo retrocitado dispositivo legal, nos termos de seu § 4º, para aquele expressamente determinado pelo art. 173, inciso I do CTN, o que em nada alteraria a conclusão acima.

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 2006 encerrou-se em 31/12/11.

Considerando que a intimação do Auto de Infração em discussão ocorreu em 28/12/11, não há que se falar em decadência.

Quanto ao mérito propriamente dito, uma vez admitida a desconsideração 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.

Neste 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. 25/31, com as apurações individualizadas por distribuidor, ou seja: Distribuidora Igarapé Ltda – filial 0216 (fls. 26); Distribuidora Igarapé Ltda – matriz (fls. 27); Distribuidora Sobrinho Ltda (fls. 28); Comercial Mond Ltda (fls. 29); Paula Andrea Amaral Costa Ltda - filial (fls. 30) e Paula Andrea Amaral Costa Ltda – 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.

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), não obstante o equívoco de redação presente no terceiro parágrafo da mesma peça.

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 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.).

- nos meses de janeiro a março, exigiu a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, no percentual de 50% (cinquenta por cento).

- nos meses subsequentes (abril a dezembro), aplicou o disposto no inciso III do § 2º do mencionado dispositivo, cobrando a multa de revalidação em dobro, não obstante o equívoco na indicação da penalidade no Auto de Infração, corrigido na planilha de fls. 25.

- nos meses de janeiro e fevereiro, aplicou a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da mencionada Lei nº 6.763/75, calculada sobre a base de cálculo da operação própria.

- nos meses de abril a dezembro, exigiu a penalidade prevista no art. 55, inciso II da mencionada lei, 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 e não há capitulação para esta majoração, 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 6.763/75.

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, acompanhando a tese fiscal, ou seja, da existência de uma única operação, realizada entre a Autuada e o cliente final, deve-se deduzir das parcelas relativas aos valores do ICMS da operação própria, entendendo como corretos os valores apontados pela Impugnante na peça de defesa (fls. 2.427/2.428).

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 exigiu 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 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-se, 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 alteração 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-se adotar 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 6.763/75, cabendo a multa em dobro apenas para a parcela devida por substituição tributária.

Ao se manifestar sobre o assunto, afirmou 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. (grifou-se)

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, no período de abril a dezembro, por considerar que as operações foram realizadas sem a documentação hábil.

Com efeito, o art. 149, inciso III 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 fora 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 6.763/75.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A) EXCLUIR O COBRIGADO PAULO ROBERTO CAMARGO; B) 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(RELATOR) E RENÉ DE OLIVEIRA E SOUSA JÚNIOR, QUE 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, 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 capitulação legal e sem qualquer informação no Relatório Fiscal.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

O Fisco junta as telas de fls. 32/34, dando conta da existência dos PTAs 04.000315334-96 e 04.000291391-17.

O despacho do CC/MG de fls. 2.547/2.548 confirma a reincidência em relação a dois PTAs: 04.000291394-17 e 04.000306049-42, quitados respectivamente em 20/03/03 e 03/10/03.

Tais PTAs comprovam, sem sombra de dúvidas, a prática de duas reincidências, o que autoriza o lançamento da majoração da multa isolada.

Em que pese a ausência de capitulação legal, 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 Regulamento do processo e Procedimentos Tributários Administrativos - 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.

Assim, 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 a ser feita no cálculo da incorporação do imposto não interfere nesta multa isolada, por ter sido a mesma calculada sobre o valor da saída interna.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige, ainda, o Fisco a penalidade prevista no inciso VII do art. 55 da mencionada lei, nos meses de janeiro e fevereiro. O dispositivo sancionatório assim prevê:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta lei são as seguintes:

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada

Para análise desta penalidade, é importante registrar, mais uma vez, que não há qualquer exigência de ICMS/ST neste lançamento tributário.

Por outro lado, também não se discute o lançamento de base de cálculo menor que a devida, uma vez que a acusação fiscal vem comprovar é a ausência de emissão de documentação hábil, em decorrência das operações triangulares entre a Autuada, seus *pseudos* distribuidores e os destinatários efetivos das mercadorias.

Desta forma, a penalidade prevista no mencionado dispositivo não se adequa ao caso dos autos, devendo ser cancelada.

Cumprir registrar, no entanto, que a partir de 01/01/12, o dispositivo em questão foi alterado pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978/11. A novíssima redação é a seguinte:

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

No entanto, como ressaltado alhures, não é o caso de se observar o disposto no art. 106, inciso II, alínea "c" do Código Tributário Nacional - CTN, uma vez que a infração imputada no presente lançamento não se adequa ao tipo infracional do art. 55, inciso VII, da Lei nº 6.763/75, devendo ser excluída.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: a) excluir do polo passivo da obrigação tributária o Coobrigado Ricardo Ferreira Pimenta e restringir a responsabilidade do Coobrigado Paulo Roberto Camargo a partir de 09.11.06; b) deduzir do ICMS que vier a ser apurado as parcelas lançadas às fls. 2.427/2.428, 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. 2.427/2.428, 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; d) excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6763/75; e) adequar a Multa de Revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento). Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) que excluía, ainda, a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6.763/75 e o Coobrigado Paulo Roberto Camargo e Orias Batista Freitas que excluía, além do voto da Conselheira citada, a Coobrigada Marilene Aparecida Vaz. Designado relator o Conselheiro José Luiz Drumond (Revisor). Pelos Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu, Luciana Mundim de Mattos Paixão e Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 04 de dezembro de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente / Relator designado

T

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.741/12/3ª Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.000172632-11

Impugnação: 40.010131509-36, 40.010131515-09 (Coob.), 40.010131512-74 (Coob.), 40.010131513-55 (Coob.), 40.010131508-55 (Coob.), 40.010131516-81 (Coob.), 40.010131510-11 (Coob.), 40.010131511-93 (Coob.), 40.010131514-36 (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
Jamil Saraiva Fraiha (Coob.)
CPF: 297.715.446-91
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: Paula Andrea Amaral Costa
CPF: 033.103.326-75
Rogério Silva Reis
CPF: 035.277.646-31
Vicente Figueiredo Sobrinho
CPF: 006.369.146-90
Jose Rodrigues de Jesus
CPF: 856.089.048-34
Rafael Jorge Almeida Rodrigues

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CPF: 067.186.506-41

Maria da Gloria Mendes Freitas

CPF: 420.038.496-53

Sheila Costa Carvalho

CPF: 980.591.306-68

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

Origem: DF/Betim

Voto proferido pelo Conselheiro Orias Batista Freitas, 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.

“Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) que excluía, ainda, a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6.763/75 e o Coobrigado Paulo Roberto Camargo e Orias Batista Freitas que excluía, além do voto da Conselheira citada, a Coobrigada Marilene Aparecida Vaz.”

Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Nos meses de abril a dezembro, exigiu a penalidade prevista no art. 55, inciso II da mencionada lei, 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 e não há capitulação para esta majoração, 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 6.763/75, pelo que excluiu a dita multa isolada.

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, as seguintes pessoas:

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

- Paulo Roberto Camargo, na condição de sócio.

Conforme visto no PTA nº 01.000168185-61, o Coobrigado Paulo Roberto Camargo não era sócio à época dos fatos referidos no trabalho fiscal, chegando à sociedade somente em novembro de 2006.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 atos praticados pelas pessoas nele mencionadas.

No lançamento ora em análise, e em relação ao sócio Paulo Roberto Camargo, 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 ele praticados, não se pode atribuir a mesma responsabilidade a quem que só veio a ingressar na sociedade em 09/11/06. Portanto, a responsabilidade do sr. Paulo Roberto Camargo deve se restringir aos fatos geradores ocorridos a partir da data de seu ingresso na sociedade.

- conforme documentos de fls. 1.569/1.587, resta comprovado que a funcionária da Autuada, Marilene Aparecida Vaz, com carga horária de 44 (quarenta e quatro) horas semanais era, também, responsável pelas distribuidoras.

- os documentos de fls. 1.588/1.631 demonstram que diversos documentos das distribuidoras foram apreendidos no estabelecimento da Autuada, sendo que a deslactação foi acompanhada pela funcionária Marilene Aparecida Vaz (fls. 1.568/1.631).

Como se pode ver, a contabilista é funcionário da Autuada, cumprindo apenas ordens e sem poder de decisão, não podendo constar como Coobrigada.

Pelo exposto concluo pela exclusão da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6.763/75, o Coobrigado Paulo Roberto Camargo e ainda a Coobrigada Marilene Aparecida Vaz.

Sala das Sessões, 04 de dezembro de 2012.

**Orias Batista Freitas
Conselheiro**