

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.329/14/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000186598-86
Recurso de Revisão: 40.060136457-51, 40.060136534-10, 40.060136459-13
(Coob.), 40.060136458-32 (Coob.)
Recorrente: Anfíbia - Indústria e Comércio de Cosméticos - Eireli
IE: 701068532.00-31
Fazenda Pública Estadual
Master Line do Brasil Ltda (Coob.)
IE: 701670562.00-06
Platina Cosméticos Ltda - EPP (Coob.)
IE: 701765457.00-91
Recorrida: Fazenda Pública Estadual, Anfíbia - Indústria e Comércio de
Cosméticos - Eireli, Master Line do Brasil Ltda, Platina
Cosméticos Ltda - EPP
Proc. S. Passivo: Daniel Barros Guazzelli/Outro(s)
Origem: Diretoria Executiva de Fiscalização

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recursos de Revisão n^os 40.060136457-51, 40.060136458-32 e 40.060136459-13 não conhecidos à unanimidade.

Recurso de Revisão 40.060136534-10 (Fazenda Pública Estadual) não conhecido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que a Autuada, ora Recorrente, efetuou recolhimento a menor de ICMS operação própria e/ou ICMS/ST referentes às saídas de mercadorias ocorridas no exercício de 2007.

A irregularidade foi apurada mediante análise de documentos extrafiscais e arquivos eletrônicos, regularmente apreendidos e copiados nos estabelecimentos comerciais e residências, mencionados nos Mandados Judiciais de Busca e Apreensão (fls. 29/109), que demonstraram a existência de operações simuladas realizadas entre o estabelecimento da Autuada, ora Recorrente, Anfíbia - Indústria e Comércio de Cosméticos Eireli e distribuidoras diversas, dentre as quais se destaca a Coobrigada,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ora Recorrente, Platina Cosméticos Ltda, com o fim de reduzir o pagamento do ICMS devido, nas operações próprias e por substituição tributária, relativo às reais operações.

Exigências de ICMS/Operação Própria, ICMS/ST, da Multa de Revalidação simples e em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o inciso I do § 2º do mesmo dispositivo da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII também da citada lei.

A 1ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.552/14/1ª, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 864/876 e, ainda, para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie.

Inconformadas, a Autuada e as Coobrigadas interpõem, em conjunto, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, os Recursos de Revisão de fls. 3.675/3.683.

Afirmam que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 20.765/12/1ª, 21.203/13/3ª, 19.901/11/3ª, 21.197/13/3ª (citado erroneamente como 21.197/12/3ª), 19.504/12/2ª, 20.257/11/3ª e 17.741/06/3ª.

Requerem, ao final, o conhecimento e provimento dos Recursos de Revisão.

O Estado de Minas Gerais também interpõe, tempestivamente, o Recurso de Revisão de fls. 3.687/3.695, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 19.513/10/1ª, 21.358/13/1ª (citado erroneamente como 1.358/13/1ª), 19.117/11/2ª e 19.986/11/3ª.

As Recorrentes/Atuadas, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, às fls. 3.701/3.709, contrarrazoam o recurso interposto pelo Estado de Minas Gerais.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 3710/3725, opina em preliminar, pelo não conhecimento dos Recursos de Revisão.

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.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Dos Recursos da Autuada e Coobrigadas

As Recorrentes (Autuada e Coobrigadas) sustentam que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos acórdãos nº 20.765/12/1ª, 21.203/13/3ª, 19.901/11/3ª, 21.197/13/3ª (citado erroneamente como 21.197/12/3ª), 19.504/12/2ª, 20.257/11/3ª e 17.741/06/3ª.

Cumprе ressaltar, *a priori*, que a decisão ora recorrida, proferida no Acórdão nº 21.552/14/1ª, foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais em 09/07/14.

Por sua vez, a decisão apontada como paradigma, proferida no Acórdão nº 17.741/06/3ª, foi publicada no Órgão Oficial em 12/10/06.

Dessa forma, fica prejudicada, para efeito de análise quanto ao cabimento do recurso, a citada decisão apontada como paradigma, tendo em vista a previsão expressa do lapso temporal máximo de 5 (cinco) anos entre a data da decisão paradigma e a da decisão recorrida, *in verbis*:

RPTA

Art. 165. Relativamente ao Recurso de Revisão interposto com fundamento no art. 163, II, será observado o seguinte:

I - a petição indicará de forma precisa a decisão divergente, cujo acórdão tenha sido publicado no máximo há 5 (cinco) anos da data da publicação da decisão recorrida, sob pena de ser declarado deserto; (grifou-se)

As decisões proferidas nos Acórdãos nº 20.765/12/1ª, 19.901/11/3ª, 21.197/13/3ª (citado erroneamente como 21.197/12/3ª) e 19.504/12/2ª são definitivas na esfera administrativa.

Por sua vez, a decisão proferida no Acórdão nº 21.203/13/3ª foi submetida à apreciação, em sede recursal, pela Câmara Especial, não sendo os respectivos recursos sequer conhecidos, conforme se observa do Acórdão nº 4.235/14/CE.

Na mesma linha, a decisão proferida no Acórdão nº 20.257/11/3ª foi submetida à apreciação, em sede recursal, pela Câmara Especial, sendo negado provimento aos respectivos recursos, conforme se observa do Acórdão nº 3.899/12/CE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, citadas decisões, com a exceção da proferida no Acórdão nº 17.741/06/3ª, encontram-se aptas a serem apreciadas para efeito de análise quanto ao cabimento do recurso.

Passa-se, pois, à análise específica de cada decisão quanto aos pressupostos de cabimento.

No que se refere à decisão consubstanciada no Acórdão nº 20.765/12/1ª, o fundamento levantado pelas Recorrentes para efeito de cabimento do Recurso refere-se à nulidade do lançamento declarada nessa decisão.

A 1ª Câmara de Julgamento declarou nulo o lançamento tendo em vista que a Fiscalização, numa situação de dissimulação de negócio jurídico, não cumpriu os procedimentos formais para desconsideração do negócio jurídico previstos nos arts. 205 e 205-A da Lei nº 6.763/75.

Lado outro, a decisão recorrida cuida de situação de simulação de negócio jurídico, situação essa dispensada da obrigatoriedade de aplicação dos procedimentos formais para desconsideração do negócio jurídico, previstos nos arts. 205 e 205-A da Lei nº 6.763/75 c/c art. 83 do RPTA.

Atente-se para a ementa das duas decisões:

DECISÃO RECORRIDA (ACÓRDÃO Nº 21.552/14/1ª)

ATO/NEGÓCIO JURÍDICO – DESCONSIDERAÇÃO – OPERAÇÕES SIMULADAS. RESTOU EVIDENCIADA A EXISTÊNCIA DE OPERAÇÕES SIMULADAS REALIZADAS ENTRE O ESTABELECIMENTO DA AUTUADA ANFÍBIA - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS EIRELI (NOVA DENOMINAÇÃO) E DISTRIBUIDORAS DIVERSAS, COM O FIM DE REDUZIR O PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO NAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS E POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INAPLICÁVEL A DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 149, INCISO VII DO CTN C/C PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 205 DA LEI Nº 6.763/75. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA (ACÓRDÃO Nº 20.765/12/1ª)

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE – PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR – ITCD – DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO. EXIGÊNCIA DE ITCD DECORRENTE DA DOAÇÃO DE IMÓVEL À AUTUADA EM FACE DO NÃO ACATAMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPRA E VENDA. ENTRETANTO, RESTOU COMPROVADO NOS AUTOS A INOBSERVÂNCIA, POR PARTE DA FISCALIZAÇÃO, DA FORMALIDADE PREVISTA NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FINS DE DESCONSIDERAR A REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO DISSIMULADO, EM ESPECIAL O DISPOSTO NO ART. 205-A DA LEI Nº 6.763/75 E NO ART. 83 DO RPTA, O QUE DETERMINA A NULIDADE DO LANÇAMENTO. DECISÃO UNÂNIME. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Observa-se que as decisões convergem para o mesmo entendimento: o procedimento de desconsideração do negócio jurídico é obrigatório nas situações em que se constata dissimulação de negócio jurídico, sendo desnecessário nas ocorrências de simulação.

Dessa forma, considerando tratar-se de situações tributárias distintas, não se vislumbra qualquer divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

A mesma análise e conclusão vale, também, para a decisão apontada como paradigma proferida no Acórdão nº 21.203/13/3ª, com a diferença que no caso dessa citada decisão, da mesma forma que a decisão recorrida, não ocorre a situação de negócio jurídico dissimulado, não acarretando, por conseguinte, necessidade de aplicação dos procedimentos formais para desconsideração do negócio jurídico.

No caso dessa decisão, em que se verifica saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas mediante análise de documentos extrafiscais, constata-se a ocorrência dolo e fraude por parte do contribuinte autuado, dispensando-se, por conseguinte, a aplicação dos procedimentos formais para desconsideração dos negócios jurídicos envolvidos.

A seguinte passagem do acórdão apontado como paradigma comprova o argumento:

ACÓRDÃO Nº 21.203/13/3ª

SEGUNDO A NORMA TRANSCRITA, A DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS OU NEGÓCIOS JURÍDICOS SOMENTE SE APLICA EM RELAÇÃO A NEGÓCIOS JURÍDICOS VÁLIDOS, MAS PRATICADOS COM A FINALIDADE DE DISSIMULAR A OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR DE TRIBUTO OU A NATUREZA DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS COM DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, EM FACE DE SUA INVALIDADE, NÃO DEMANDAM ATUAÇÃO DO FISCO PARA SUA DESCONSIDERAÇÃO, BASTANDO A ADOÇÃO DE UM PROCEDIMENTO DISTINTO, QUE É O LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DESPICIENDO DESCONSIDERAR AQUILO QUE JÁ É INVÁLIDO.

Nesse sentido, a decisão segue a mesma linha da decisão recorrida, não se verificando divergência entre elas, no aspecto abordado, quanto à aplicação da legislação tributária.

Já em relação à decisão, apontada como paradigma, proferida no Acórdão nº 19.901/11/3ª, as Recorrentes/Autuadas sustentam que a aplicação indevida do procedimento fiscal de arbitramento, naquele lançamento, acarretou sua nulidade (do lançamento), ao passo que no caso da decisão recorrida, em que pese ter sido constatada a inaplicabilidade do procedimento de desconsideração do negócio jurídico, pela Fiscalização, não se declarou a nulidade do lançamento.

Com a vênua devida, percebe-se que não se constata divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária considerando-se que as situações tributárias presentes nos dois lançamentos são distintas.

Observa-se que o procedimento realizado pela Fiscalização, no lançamento relativo à decisão recorrida, de desconsideração do negócio jurídico, não trouxe qualquer “prejuízo” aos Sujeitos Passivos, pelo contrário, proporcionou a eles maiores oportunidades de se defenderem do lançamento.

Importante acrescentar que esse procedimento (desconsideração do negócio jurídico) não produz qualquer alteração nos elementos constitutivos do lançamento, determinados pelo art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN (fato gerador da obrigação correspondente, matéria tributável, montante do tributo devido, sujeito passivo e penalidade cabível).

Por outro lado, no caso da decisão apontada como paradigma, importante esclarecer, *a priori*, que a nulidade do lançamento encontra-se alicerçada em dois aspectos: vício formal do lançamento por não observância do aspecto temporal da norma e a adoção do procedimento fiscal de arbitramento do valor da operação quando presente a possibilidade de identificação dos reais valores das operações praticadas pelo Sujeito Passivo.

Nesse sentido, a adoção indevida do procedimento fiscal de arbitramento, quando presentes elementos suficientes para se identificar com precisão os valores reais das operações, objeto do lançamento, afeta diretamente um dos elementos constitutivos do lançamento, ou seja, o montante do tributo devido, um dos fundamentos para a declaração de nulidade do lançamento.

Portanto, diante desses argumentos, tratando-se de situações tributárias distintas, conclui-se que não se encontra caracterizada qualquer divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Já em relação à decisão apontada como paradigma, proferida no Acórdão nº 21.197/13/3ª (citado erroneamente como 21.197/12/3ª), as Recorrentes/Autuadas afirmam que a 3ª Câmara de Julgamento entendeu que a norma procedimental, prevista no inciso I do art. 84-A do RPTA, só vale para autuações lavradas após a entrada em vigor da citada norma, ou seja, 11/10/13, sendo que na decisão ora recorrida o “Colegiado” (1ª Câmara de Julgamento) aplicou a norma procedimental retroativamente.

Importante trazer à discussão os fundamentos das decisões envolvidas:

DECISÃO RECORRIDA (ACÓRDÃO Nº 21.552/14/1ª)

ASSIM, APESAR DE INAPLICÁVEL O PROCEDIMENTO PREVISTO NOS ARTS. 205 E 205-A DA LEI Nº 6.763/75 AO CASO DOS AUTOS, ILEGALIDADE NÃO HÁ NO LANÇAMENTO EM ANÁLISE, TENDO EM VISTA O DISPOSTO NO ART. 149, INCISO VII DO CTN, JÁ MENCIONADO.

NESSE SENTIDO, SÃO VÁRIAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (TJMG), NAS QUAIS FOI ANALISADO O PROCEDIMENTO DE DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO EFETUADO PELA FISCALIZAÇÃO, RESTANDO CONSAGRADO O ENTENDIMENTO DE QUE APESAR DE AFASTADA A APLICABILIDADE DO ART. 205 DA LEI Nº 6.763/75, ILEGALIDADE NÃO HÁ NA AÇÃO FISCAL, EM RAZÃO DO DISPOSTO NO ART. 149,

INCISO VII DO CTN, QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE OFÍCIO DO LANÇAMENTO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, QUANDO DEMONSTRADA A OCORRÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, COMO NO CASO PRESENTE.

(...)

TAMBÉM, NESSE MESMO SENTIDO FOI RECENTEMENTE EDITADA A NORMA DO ART. 84-A, INCISO I DO RPTA, QUE VEIO DEIXAR CLARO QUE NÃO IMPLICA NULIDADE DO LANÇAMENTO EVENTUAL UTILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PELA FISCALIZAÇÃO, NOS CASOS DE DOLO, FRAUDE E SIMULAÇÃO. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA (ACÓRDÃO Nº 21.197/13/3ª)

COMO AS EMPRESAS DESTINATÁRIAS TÊM EXISTÊNCIA REGULAR E NÃO HÁ DÚVIDAS DA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES, NÃO SE CONSEGUE VISLUMBRAR QUE TENHA HAVIDO DESCARACTERIZAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR OU DA NATUREZA DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, CONFORME PRECONIZADO NO ART. 205 DA LEI Nº 6.763/75 DO MODO COMO VIGIA À ÉPOCA EM QUE OCORRERAM AS OPERAÇÕES.

SE A QUESTÃO FOR ANALISADA SOB A NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 205 E 205-A DA LEI Nº 6.763/75, VIGENTES A PARTIR DE 01/01/12, NÃO SE PODE FALAR EM FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL PORQUE NÃO SE VISLUMBRA AQUI UMA OPÇÃO PELA FORMA MAIS COMPLEXA OU MAIS ONEROSA AOS ENVOLVIDOS PARA A PRÁTICA DO ATO. TAMPOUCO PODE-SE FALAR EM ABUSO DE FORMA JURÍDICA, PORQUE TAMBÉM NÃO SE CONSEGUE VER A PRÁTICA DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO QUE PRODUZA O MESMO RESULTADO ECONÔMICO DO ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO DISSIMULADO.

DESSE MODO, NÃO É POSSÍVEL, NO PRESENTE CASO, DESCONSIDERAR OS ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS REALIZADOS ENTRE A IMPUGNANTE E SUAS INTERDEPENDENTES MINEIRAS. CONSEQUENTEMENTE, O LANÇAMENTO DE OFÍCIO DO PRETENSO RESULTADO APURADO PELO FISCO FICA INSUBSISTENTE, SENDO IMPROCEDENTE. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Observando-se os fundamentos das duas decisões, verifica-se que não procede a afirmação das Recorrentes.

Sustentam, as Recorrentes, que a 1ª Câmara de Julgamento, na decisão recorrida, aplicou, retroativamente, a norma procedimental prevista no inciso I do art. 84-A do RPTA, cuja vigência é a partir de 11/10/13, *in verbis*:

Art. 84-A. A eventual utilização do procedimento aplicável à desconsideração dos atos ou negócios jurídicos nos casos de dolo, fraude ou simulação:

I - não implica nulidade do auto de infração;

Dos fundamentos retrotranscritos, não se verifica o alegado, ou seja, a aplicação retroativa do dispositivo, tendo em vista o entendimento expresso no acórdão segundo o qual, apesar de afastada a aplicabilidade do art. 205 da Lei nº 6.763/75, não existe ilegalidade na ação fiscal em razão do disposto no art. 149, inciso VII do CTN, que prevê a possibilidade de revisão de ofício do lançamento pela autoridade administrativa, quando demonstrada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Na decisão, a Câmara de Julgamento alega que o novo dispositivo apenas veio ratificar (“deixar claro”) o entendimento de que a aplicação desnecessária do procedimento não acarretaria a nulidade do lançamento.

Afirmam, também, as Recorrentes, que na decisão apontada como paradigma a 3ª Câmara de Julgamento teria fundamentado que a norma do inciso I do art. 84-A do RPTA só teria validade para autuações realizadas posteriormente à sua vigência (11/10/13).

Contudo, verificando os fundamentos retrotranscritos, não se observa tal entendimento.

A 3ª Câmara de Julgamento fundamenta a decisão sob os dois enfoques, ou seja, sob a ótica da aplicação do dispositivo na legislação então vigente e sob a ótica da legislação posteriormente alterada.

Dessa forma, diante do exposto anteriormente, não se verifica divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

No que se refere à decisão proferida no Acórdão nº 19.504/12/2ª, as Recorrentes alegam divergência em relação à decisão recorrida quanto à aplicação da legislação tributária, em relação ao aspecto de juntada de novos elementos de prova pela Fiscalização.

Alega que na decisão recorrida foram juntados novos elementos de prova pela Fiscalização e não se configurou novo lançamento, tendo em vista não ter sido alterada a acusação fiscal nem a capitulação legal da exigência.

Por outro lado, afirma que na decisão proferida no Acórdão nº 19.504/12/2ª, a inclusão de nova fundamentação material caracteriza novo lançamento, independentemente de haver alteração na acusação fiscal ou na base legal da cobrança.

Cita, também, dentro do mesmo enfoque, a decisão proferida no Acórdão nº 20.257/11/3ª.

Importante trazer à baila os fundamentos das três decisões relativos à matéria:

DECISÃO RECORRIDA (ACÓRDÃO Nº 21.552/14/1ª)

TAMBÉM NÃO ASSISTE RAZÃO À DEFESA QUANDO ARGUI QUE SE TRATA A REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE UM NOVO LANÇAMENTO, POIS AO ASSIM PROCEDER, A FISCALIZAÇÃO NÃO ALTEROU A CAPITULAÇÃO LEGAL DAS INFRINGÊNCIAS/PENALIDADES OU A ACUSAÇÃO FISCAL CONSTANTE NO AUTO DE INFRAÇÃO. TAMBÉM, OS SUJEITOS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PASSIVOS FORAM REGULARMENTE INTIMADOS, CONFORME SE VERIFICA DOS AUTOS.

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA (ACÓRDÃO Nº 19.504/12/2ª)

A PRIMEIRA REFORMULAÇÃO DEU-SE APÓS A IMPUGNAÇÃO DA AUTUADA, OPORTUNIDADE QUE A FISCALIZAÇÃO CORRIGE A CAPITULAÇÃO LEGAL, EMITINDO NOVO AUTO DE INFRAÇÃO, COM A MESMA NUMERAÇÃO DO ANTERIOR.

EM FACE DE TRATAR-SE DE NOVO LANÇAMENTO E NÃO DE MERA REFORMULAÇÃO DO LANÇAMENTO ANTERIOR, O FISCO, CORRETAMENTE, DEVOLVEU O PRAZO DE IMPUGNAÇÃO À IMPUGNANTE, NOS TERMOS DO ART. 120, INCISO II, § 1º DO RPTA. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA (ACÓRDÃO Nº 20.257/11/3ª)

NADA IMPEDE QUE A FISCALIZAÇÃO REEMITA O AUTO DE INFRAÇÃO E O RESPECTIVO DCMM A CADA RETIFICAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE PROMOVER, POIS TAL FATO NÃO CARACTERIZA A FORMALIZAÇÃO DE NOVO LANÇAMENTO, DESDE QUE NÃO HAJA INCLUSÃO DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL OU MATERIAL, CONFORME SALIENTADO ACIMA. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Observa-se, sem muita dificuldade, que os procedimentos fiscais nos três lançamentos são distintos, mas convergentes.

As respectivas Câmaras de Julgamento ratificaram os procedimentos da Fiscalização nos respectivos lançamentos que convergem para um mesmo entendimento: alterando-se a capitulação legal do lançamento devolve-se ao sujeito passivo o prazo para impugnação, nos termos do § 1º do art. 120 do RPTA; não se alterando a capitulação legal do lançamento, a intimação do sujeito passivo segue a regra geral (§ 2º do art. 120 do RPTA).

Dessa forma, observando que as três decisões seguem esse mesmo entendimento, conclui-se que não se verifica qualquer divergência entre elas quanto à aplicação da legislação tributária.

Portanto, diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no referido dispositivo legal.

Via de consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade dos Recursos de Revisão proposto pelos Sujeitos Passivos.

Do Recurso do Estado de Minas Gerais

O Estado de Minas Gerais também interpõe, tempestivamente, o Recurso de Revisão de fls. 3.687/3.695, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos Acórdãos nº 19.513/10/1ª, 21.358/13/1ª (citado erroneamente como 1.358/13/1ª), 19.117/11/2ª e 19.986/11/3ª.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A decisão proferida no Acórdão nº 19.986/11/3ª é definitiva na esfera administrativa.

Por sua vez, as decisões proferidas nos Acórdãos nº 19.513/10/1ª e 19.117/11/2ª foram submetidas à apreciação, em sede recursal, pela Câmara Especial, sendo negado provimento aos respectivos recursos, conforme se observa, respectivamente, dos Acórdãos nº 3.556/10/CE e 3.725/11/CE.

Na mesma linha, a decisão proferida no Acórdão nº 21.358/13/1ª (citado erroneamente como 1.358/13/1ª) também foi submetida à apreciação, em sede recursal, pela Câmara Especial, não sendo sequer conhecido o respectivo recurso, conforme se observa do Acórdão nº 4.224/14/CE.

Dessa forma, todas as decisões encontram-se aptas a serem apreciadas para efeito de análise quanto ao cabimento do recurso.

Passa-se, pois, à análise de cada uma das decisões quanto aos pressupostos de cabimento.

O Recorrente Estado de Minas Gerais afirma que a divergência entre as decisões apresenta-se em razão da consignação de valores da operação e da base de cálculo inferiores aos efetivamente praticados.

Cita, para tanto, a Consulta Interna DOT/DOLT/SUTRI/SEF nº 030/2013, que, no seu entendimento, esclarece as situações em que é possível a aplicação da penalidade prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75.

Traz, inicialmente, à discussão, a decisão apontada como paradigma, proferida no Acórdão nº 19.513/10/1ª.

Importante esclarecer que tal lançamento cuida de exigência da Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, em face da imputação fiscal de descumprimento da obrigação acessória referente à consignação de base de cálculo diversa da prevista na legislação.

A 1ª Câmara de Julgamento decidiu pela improcedência do lançamento, decisão essa confirmada, em sede recursal, pela Câmara Especial do CC/MG.

O Recorrente transcreve o seguinte trecho dessa decisão apontada como paradigma para demonstrar seu entendimento quanto ao conhecimento do recurso:

É DE SE DESTACAR AQUI QUE A PENALIDADE INSCULPIDA NO INCISO VII DO ART. 55, DA FORMA COMO ESTÁ REDIGIDA, PROCURA PUNIR CONTRIBUINTE QUE, CONHECENDO A BASE DE CÁLCULO DA OPERAÇÃO NO MOMENTO DE SUA REALIZAÇÃO, DEIXA DE CONSIGNÁ-LA NO DOCUMENTO FISCAL DE FORMA PROPOSITAL VISANDO REDUZIR OS VALORES A SEREM RECOLHIDOS DE FORMA INDEVIDA E QUESTIONÁVEL.

Por sua vez, a decisão recorrida cuida de imputação fiscal de saídas desacobertadas de documentos fiscais apurada mediante análise de documentos extrafiscais e arquivos eletrônicos, que demonstraram a existência de operações simuladas realizadas entre o estabelecimento da Autuada e distribuidoras diversas, com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o fim de reduzir o pagamento do ICMS devido, nas operações próprias e por substituição tributária, relativo às reais operações.

As exigências do lançamento são de ICMS/Operação Própria, ICMS/ST, da Multa de Revalidação simples e em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o inciso I do § 2º do mesmo dispositivo da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII também da citada lei.

A 1ª Câmara de Julgamento decidiu pela procedência parcial do lançamento para exclusão da multa isolada, por inaplicável à espécie.

A abordagem do recurso quanto à tentativa de caracterização de divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação cinge-se ao aspecto de exigência da multa isolada, que é a mesma nos dois lançamentos analisados.

Nesse sentido, importante trazer à baila os fundamentos das duas decisões quanto ao tratamento dado à multa isolada exigida:

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA (ACÓRDÃO Nº 19.513/10/1ª)

É DE SE DESTACAR AQUI QUE A PENALIDADE INSCULPIDA NO INCISO VII DO ART. 55, DA FORMA COMO ESTÁ REDIGIDA, PROCURA PUNIR CONTRIBUINTE QUE, CONHECENDO A BASE DE CÁLCULO DA OPERAÇÃO NO MOMENTO DE SUA REALIZAÇÃO, DEIXA DE CONSIGNÁ-LA NO DOCUMENTO FISCAL DE FORMA PROPOSITAL VISANDO REDUZIR OS VALORES A SEREM RECOLHIDOS DE FORMA INDEVIDA E QUESTIONÁVEL.

A SANÇÃO TRAZIDA PELO INCISO VII DO ART. 55 VISA COIBIR PROCEDIMENTOS TOMADOS COM O CONHECIMENTO DA QUESTÃO. EFETIVAMENTE, A NORMA NÃO VISA PUNIR O ERRO NA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS TRIBUTÁRIAS.

ASSIM, ESTA PENALIDADE APRESENTA-SE AFETA AOS CASOS CONHECIDOS COMO DE SUBFATURAMENTO, HIPÓTESE EM QUE O CONTRIBUINTE CONHECE EXATAMENTE O VALOR DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO, MAS, PROPOSITALMENTE, CONSIGNA NO DOCUMENTO FISCAL DESTINADO A INFORMAR AO FISCO O IMPOSTO DEVIDO, VALOR DA OPERAÇÃO INFERIOR.

VEJA-SE QUE NO CASO DOS AUTOS FOI FEITO O DESTAQUE DO IMPOSTO RELATIVO À OPERAÇÃO PRÓPRIA DA IMPUGNANTE DA FORMA COMO ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO.

PORTANTO, POR QUALQUER PRISMA QUE SE ANALISE A PENALIDADE NÃO HÁ COMO APLICÁ-LA À MATÉRIA TRATADA NOS PRESENTES AUTOS, DEVENDO SER EXCLUÍDA A EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO INCISO VII DO ART. 55 DA LEI N.º 6.763/75. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Já na decisão ora recorrida, os fundamentos para exclusão da multa são os seguintes:

DECISÃO RECORRIDA (ACÓRDÃO Nº 21.552/14/1ª)

É CERTO QUE AS OPERAÇÕES TRIANGULARES SIMULADAS ENTRE A AUTUADA E SEUS PSEUDOS DISTRIBUIDORES VISARAM SUPRIMIR PARCELA DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DEVIDO NA OPERAÇÃO PRÓPRIA, OU SEJA, O VALOR REAL DA OPERAÇÃO, CONSEQUENTEMENTE O ICMS/ST QUANDO DEVIDO.

ENTRETANTO, DE ACORDO COM O RACIOCÍNIO QUE CONDUZIU À AUTUAÇÃO EM ANÁLISE, OU SEJA, CONSIDERANDO-SE A EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA OPERAÇÃO, REALIZADA ENTRE A AUTUADA E O CLIENTE FINAL, TEM-SE QUE A REAL OPERAÇÃO ENCONTRAVA-SE DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL NOS TERMOS NA NORMA ÍNSITA NO ART. 149, INCISO IV DA PARTE GERAL DO RICMS/02, QUE ASSIM DISPÕE:

ART. 149. CONSIDERA-SE DESACOBERTADA, PARA TODOS OS EFEITOS, A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO OU A MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIA:

(...)

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.

(...)

OBSERVA-SE QUE A CONDUTA EXPRESSA NO DISPOSITIVO LEGAL RELATIVO À PENALIDADE ISOLADA COMINADA EXIGE QUE A OPERAÇÃO TENHA SIDO ACOBERTADA POR DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

DESSA FORMA, A PENALIDADE PREVISTA NO MENCIONADO DISPOSITIVO LEGAL NÃO SE AMOLDA AO CASO DOS AUTOS, DEVENDO SER EXCLUÍDA A MULTA ISOLADA EXIGIDA. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Observa-se, sem muita dificuldade, que os lançamentos cuidam de situações fáticas e tributárias distintas, acarretando motivações distintas para exclusão da mesma penalidade exigida.

Na decisão recorrida, entendeu a Câmara de Julgamento que o caso tratado era de operações desacobertas de documento fiscal, não havendo adequação entre a tipificação da penalidade e a conduta do sujeito passivo.

Lado outro, no caso da decisão apontada como paradigma, entendeu a Câmara de Julgamento que a penalidade em questão deveria ser aplicada em casos de subfaturamento, que também não era a infração imputada naquele lançamento.

Nesse sentido, não se verifica qualquer divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Na sequência, o Estado de Minas Gerais traz à discussão a decisão, apontada como paradigma, proferida no Acórdão nº 21.358/13/1ª (citado erroneamente como 1.358/13/1ª).

Importante trazer as ementas das duas decisões, recorrida e apontada como paradigma, para facilitar a análise quanto à caracterização ou não de divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária:

DECISÃO RECORRIDA (ACÓRDÃO Nº 21.552/14/1ª)

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – SIMULAÇÃO DE OPERAÇÕES – RECOLHIMENTO A MENOR – COSMÉTICOS. CONSTATADA A OCORRÊNCIA DE OPERAÇÕES SIMULADAS ENTRE A AUTUADA E DIVERSAS DISTRIBUIDORAS, DENTRE AS QUAIS SE DESTACA A COBRIGADA PLATINA COSMÉTICOS LTDA, COM O FIM DE REDUZIR O PAGAMENTO DO ICMS NAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS E TAMBÉM NAQUELAS EM QUE O ICMS É DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, INCIDENTES NAS REAIS OPERAÇÕES. IRREGULARIDADE APURADA MEDIANTE ANÁLISE DE DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS E ARQUIVOS ELETRÔNICOS, OS QUAIS FORAM DEVIDAMENTE APREENDIDOS NOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS E RESIDÊNCIAS DAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS IDENTIFICADAS NOS MANDADÓS JUDICIAIS DE BUSCA E APREENSÃO ACOSTADOS AOS AUTOS. EXIGÊNCIAS DE ICMS, ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO SIMPLES E EM DOBRO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II C/C O INCISO I DO § 2º DO CITADO DISPOSITIVO DA LEI Nº 6.763/75 E DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO VII DA CITADA LEI. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELA FISCALIZAÇÃO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. EXCLUSÃO DA MULTA ISOLADA EXIGIDA POR NÃO SER ADEQUADA AO CASO DOS AUTOS, EM RAZÃO DAS OPERAÇÕES ENCONTRAREM-SE DESACOBERTADAS, NOS TERMOS DO ART. 149, INCISO IV DO RICMS/02. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA (ACÓRDÃO Nº 21.358/13/1ª)

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. CONSTATADO QUE A AUTUADA EMITIU NOTAS FISCAIS CONSIGNANDO VALORES INFERIORES AOS EFETIVAMENTE PRATICADOS NAS RESPECTIVAS OPERAÇÕES. ACUSAÇÃO FISCAL AMPARADA EM DOCUMENTOS FISCAIS, EXTRAFISCAIS E ARQUIVOS ELETRÔNICOS REGULARMENTE APREENDIDOS, QUE DEMONSTRAM QUE AS OPERAÇÕES DESCRITAS NAS NOTAS FISCAIS REALIZARAM-SE POR VALORES SUPERIORES ÀQUELES NELAS CONSIGNADOS. EXIGÊNCIAS DE ICMS, ICMS/ST, MULTAS DE REVALIDAÇÃO SIMPLES E EM DOBRO E DA MULTA ISOLADA, AMBAS CAPITULADAS NA LEI Nº 6.763/75, RESPECTIVAMENTE, NO ART. 56, INCISO II, C/C O § 2º, ITEM I, E ART. 55, INCISO VII. ENTRETANTO, DEVE SER ABATIDA DAS EXIGÊNCIAS DE ICMS OPERAÇÃO PRÓPRIA, A PARCELA DO IMPOSTO DESTACADA A MAIOR PELA IMPUGNANTE NOS DOCUMENTOS FISCAIS REFERENTES ÀS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se que a acusação fiscal relativa à decisão ora recorrida cuida de saídas desacobertas de documento fiscal, sendo que a acusação fiscal relativa à decisão apontada como paradigma cuida de subfaturamento do valor das operações.

Verifica-se que nas duas situações tributárias a Fiscalização exigiu a mesma penalidade por descumprimento de obrigação acessória, ou seja, a prevista no inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

A decisão recorrida decidiu pela exclusão da penalidade e a decisão apontada como paradigma decidiu pela manutenção da exigência da penalidade.

Em razão das diferenças de acusações fiscais, também não se constata, no aspecto abordado, qualquer divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Em seguida, o Recorrente aponta como paradigma, em relação à decisão recorrida, as decisões proferidas nos Acórdãos nº 19.117/11/2ª e 19.986/11/3ª, também focando a suposta divergência, quanto à aplicação da legislação tributária, na exigência da multa isolada, que também é a mesma nos três lançamentos (decisão recorrida e decisões apontadas como paradigmas).

Novamente, importante trazer as ementas das decisões apontadas como paradigmas para analisar o pressuposto de cabimento:

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA: ACÓRDÃO Nº 19.117/11/2ª

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - MERCADORIAS DIVERSAS. CONSTATOU-SE MEDIANTE CONFERÊNCIA DE DOCUMENTOS FISCAIS, A FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NA SAÍDA DE MERCADORIAS DIVERSAS (DISCOS E FITAS; LÂMINAS, APARELHOS DE BARBEAR E ISQUEIROS; PILHAS E BATERIAS; FILMES FOTOGRÁFICOS E CINEMATOGRÁFICOS), EM OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DO ESTABELECIMENTO ATACADISTA DA AUTUADA SITUADO EM SÃO PAULO COM DESTINO À FILIAL LOCALIZADA EM EXTREMA – MG. EXIGE-SE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, § 2.º, INCISO I E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO VII, AMBOS DA LEI N.º 6.763/75. ENTRETANTO, EXCLUÍDAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST E A MULTA DE REVALIDAÇÃO POR INEXIGÍVEIS NO MOMENTO DA AÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA: ACÓRDÃO Nº 19.986/11/3ª

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR ICMS/ST - BASE DE CÁLCULO - MÁQUINAS E APARELHOS MECÂNICOS E ELÉTRICOS. CONSTATADO, NO TRÂNSITO DE MERCADORIAS, QUE A IMPUGNANTE RETEVE A MENOR AO ESTADO DE MINAS GERAIS O ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INCIDENTE NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, EM DECORRÊNCIA DE A APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO ESTAR EM DESACORDO COM O ESTABELECIDO NO ART. 19, PARTE 1, ANEXO XV DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II, 2º E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO VII, MAJORADA OS TERMOS DO ART. 53, § 7º, TODOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Essas decisões apontadas como paradigmáticas mantiveram a exigência da multa isolada, sendo a mesma exigência excluída na decisão recorrida.

Contudo, como já mencionado, as acusações fiscais tratam de situações tributárias distintas: a recorrida cuida de simulação de operações acarretando operações realizadas desacobertadas de documentos fiscais sendo que as decisões apontadas como paradigmas cuidam de falta de retenção e recolhimento de ICMS a título de substituição tributária pela falta de consignação da base de cálculo do ICMS/ST.

Portanto, a mesma multa isolada foi mantida nas decisões apontadas como paradigmas (consignação de base de cálculo diversa da prevista na legislação), sendo excluída na decisão ora recorrida (saídas desacobertadas).

Dessa forma, as conclusões são diferentes tendo em vista cuidarem de situações tributárias distintas, não se caracterizando qualquer divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Portanto, diante do exposto, também em relação ao Recorrente, Estado de Minas Gerais, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no referido dispositivo legal.

Via de consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, quanto aos Recursos da Autuada/Coobrigadas (nºs 40.060136457-51; 40.060136459-13 e 40.060136458-32), em preliminar, à unanimidade, em não conhecer dos Recursos de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Quanto ao Recurso nº 40.060136534-10 - Fazenda Pública Estadual, em preliminar, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Vencido o Conselheiro José Luiz Drumond, que dele conhecia. Pelas Recorrentes, sustentou oralmente o Dr. Daniel Barros Guazzelli e, pela Fazenda

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Revisor), Carlos Alberto Moreira Alves, Luciana Mundim de Mattos Paixão e o Conselheiro vencido.

Sala das Sessões, 10 de outubro de 2014.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

MI/T

CC/MIG