

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.544/16/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000209415-85
Recurso de Revisão: 40.060139304-64, 40.060139305-37 (Coob.)
Recorrente: Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda
IE: 186829142.00-52
Edson Bicalho Braga (Coob.)
CPF: 475.042.006-97
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Coobrigados: José Hazenclever Ramos
CPF: 741.880.546-20
Rose Maire Almeida Ramos
CPF: 895.850.896-53
Proc. S. Passivo: João Henrique Galvão, Alexandre Leal de Oliveira/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. Restou evidenciado, mediante documentos apresentados pela Fiscalização, que os sócios constantes no quadro societário da empresa autuada não são de fato os verdadeiros proprietários da empresa, justificando-se assim a inclusão no polo passivo da obrigação tributária do real proprietário da empresa autuada, além dos sócios contratuais, posto que não pode se eximir da responsabilidade pelos créditos tributários decorrentes da atividade comercial, correspondente a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - CORRETA A ELEIÇÃO. Legítima a manutenção dos Coobrigados, sócios contratuais da empresa autuada, no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do disposto no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, uma vez que na condição de sócios ditos “laranjas”, conforme restou evidenciado por meio dos documentos apresentados pela Fiscalização, concorreram para o não recolhimento do tributo ora exigido. Mantida a decisão recorrida.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL IDEOLOGICAMENTE FALSO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de notas fiscais declaradas ideologicamente falsas nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a”, subalínea “a5” da Lei nº

6.763/75. O conjunto probatório constante dos autos demonstra à exaustão o conluio entre a Recorrente/Autuada e a empresa paulista (emitente das notas fiscais objeto da glosa dos créditos do imposto) no esquema de sonegação fiscal descrito no Procedimento de Cassação de Inscrição Estadual – PAC, instaurado pelo Fisco Paulista, que culminou com a cassação da inscrição estadual da empresa paulista desde a sua abertura. Corretas as exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

Recurso de Revisão 40.060139304-64 conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

Recurso de Revisão 40.060139305-37 conhecido e não provido à unanimidade.

RELATÓRIO

A acusação fiscal em exame é de que a Autuada, cuja atividade é o comércio atacadista de açúcar, deixou de recolher ICMS, apurado após recomposição da conta gráfica, em razão de aproveitamento indevido dos créditos do imposto provenientes de documentos fiscais declarados ideologicamente falsos, emitidos no período de 13/02/08 a 16/06/10.

A irregularidade foi apurada após análise e conferência da documentação fiscal da empresa autuada, bem como dos documentos apreendidos quando da realização da operação conjunta das Secretarias de Estado de Fazenda e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais e de São Paulo, denominada “Operação Laranja Lima”, e de todo o processo investigatório instaurado pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais e, ainda, com base no Procedimento de Cassação de Inscrição Estadual - PAC instaurado pelo Fisco paulista, do qual originou a publicação do Ato Declaratório pela SEF/MG, nº 12.186.210.007435, em que se declarou a falsidade ideológica dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte Qualityçucar Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda (doravante denominada Qualityçucar), emitente das notas fiscais cujos créditos do imposto a elas referentes são objeto da glosa em exame.

Os documentos fiscais cujos créditos do imposto foram estornados encontram-se listados no demonstrativo constante do Anexo 1 (fls.31/162) e foram declarados ideologicamente falsos conforme Ato Declaratório nº 12.186.210.007435 (cópia às fls. 174), publicado no Diário Oficial deste estado em 20/08/13.

Exigências de ICMS, apurado após recomposição da conta gráfica, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.833/15/3ª, pelo voto de qualidade, julgou procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que o julgava parcialmente procedente para excluir as exigências relativas aos documentos fiscais para os quais houve comprovação de que a Autuada quitou a operação mercantil diretamente à emitente dos documentos. Vencido, ainda, o Conselheiro Bernardo Motta Moreira, que o julgava improcedente.

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado Edson Bicalho Braga interpõem, tempestivamente e por seus procuradores regularmente constituídos, os Recursos de Revisão de fls. 5.161/5.190 e 5.193/5.212, respectivamente, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

DECISÃO

Da Preliminar

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele tratada.

Pretende a Recorrente/Atuada em seu recurso que seja declarada a nulidade do Auto de Infração - AI ou, subsidiariamente, a improcedência do lançamento, alegando, em síntese, que:

- a investigação do Fisco em conjunto com o Ministério Público do estado de São Paulo culminou no procedimento de cassação da Inscrição Estadual (PAC) contra a empresa Qualityçucar (empresa emitente das notas fiscais objeto da autuação) desde a sua origem. E que essa cassação deu-se pela constatação de embaraço à fiscalização e simulação de quadro societário;

- com base na simulação do quadro societário da mencionada empresa paulista, a qual, segundo alega a Recorrente/Atuada, ocorreu no dia 26/04/11, o Fisco mineiro expediu o Ato Declaratório nº 12.186.210.007435, por meio do qual declarou a falsidade ideológica, retroativamente, de todos os documentos fiscais emitidos por aquela empresa. E que o ato declaratório publicado pela SEF/MG precisou ser publicado por 3 (três) vezes e muito tempo após o recebimento da documentação do Fisco paulista pelo Fisco mineiro, o que demonstra a insegurança da Administração Fazendária em relação à fundamentação do citado Ato (*o Ato Declaratório publicado no dia 24/07/13 teve como fundamento a utilização de I.E. com dolo fraude, mas sem capitulação legal. Esse Ato foi retificado em 06/08/13 para inserção da seguinte capitulação legal - art. 39, § 4º, alínea "a", subalínea "a5" da Lei nº 6.763/75 – capitulação esta diversa do motivo constante do referido documento e em 20/08/13 foi publicado novamente o Ato Declaratório, oportunidade na qual o motivo e base legal passaram a ter correspondência*);

- essa alteração também não obteve êxito em sanar o vício na constituição do Ato Declaratório, o qual, segundo defende, é nulo de pleno direito.

Sobre esses pontos do seu recurso, reporta-se a Recorrente/Atuada aos fundamentos constantes do voto vencido da lavra do Conselheiro Bernardo Motta Moreira (fls. 5.149/5.159) e em decisão judicial de primeira instância que declarou o

referido ato declaratório nulo, em ação proposta pela empresa Bigçucar Eirelli, a qual não faz parte do polo passivo do lançamento em exame.

Sustenta, ainda, a Recorrente/Autuada que, por meio da referida investigação do Fisco e Ministério Público paulistas, que culminou no presente lançamento, descobriram uma organização criminosa cujo intuito era lesar o Erário paulista e beneficiar as usinas de açúcar. E, durante essa investigação, levantou-se a possibilidade de as atacadistas mineiras estarem envolvidas no esquema criminoso, mediante superfaturamento das suas aquisições para aumentar seus créditos de ICMS, mas que não foram produzidas provas nesse sentido pelos Fiscos mineiro e paulista e, mesmo assim, essa premissa foi utilizada na lavratura deste Auto de Infração.

Alega que as operações retratadas nos documentos fiscais objeto deste lançamento efetivamente ocorreram, o que se comprovaria pelos seguintes fatos: todas as notas fiscais de entrada foram carimbadas eletronicamente; as mercadorias foram pagas; houve lucro na comercialização do açúcar, próximo à MVA prevista para a mercadoria (conforme DIRPJ); as notas fiscais foram lançadas nos livros Registro de Entradas; os pagamentos constam no livro Diário; os estoques constam dos Registro de Inventário; os pagamentos das operações foram declarados na DIRPJ; as escritas fiscal e contábil da empresa autuada foram efetuadas com base na legislação vigente e a Fiscalização efetuou levantamento quantitativo de mercadorias na empresa autuada em 2011 e apurou uma diferença mínima (referente à quebra) entre as entradas e saídas, o que se reflete no estoque final de 2010 e nos anteriores sucessivamente, demonstrando a ausência de superfaturamento das aquisições.

Reporta-se à Súmula 509 do STJ, que se refere ao direito do aproveitamento de crédito do imposto oriundo de notas fiscais declaradas inidôneas, pelo adquirente de boa-fé. Discorre sobre o cumprimento dos requisitos para aplicação desse entendimento jurisprudencial.

Menciona que comprovou a inexistência de superfaturamento ao trazer aos autos comparativo dos valores do açúcar constantes das notas fiscais de entrada (exercício 2008) com os valores divulgados pela CEPEA-ESALQ-USP, por serem os preços do açúcar cotados em bolsas de valores.

Prosseguindo alega, também, a Recorrente/Autuada que:

- o Fisco paulista exigiu o ICMS referente às operações promovidas pela empresa Qualityçucar (Auto de Infração em fase de execução) o que comprovaria que o imposto devido àquele estado está sendo exigido, o que, no seu entender, legitima os seus créditos do imposto;

- a inclusão dos sócios da empresa autuada no polo passivo da obrigação tributária foi efetivada sem nenhum critério que a autorizasse, motivo pelo qual devem eles ser excluídos do polo passivo destes autos;

- o presente Auto de Infração contraria diversos dispositivos da CF/88, LC nº 87/96, Lei nº 6.763/75 e do RICMS/02, devendo ser ele, portanto, declarado nulo; que as multas aplicadas são exorbitantes, caracterizando confisco; que na decisão recorrida constou que o Ato Declaratório era válido por ter sido expedido com base no PAC elaborado pela Fiscalização paulista, mas esse motivo não consta da legislação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mineira para fins de tal declaração e que não cabe a este Conselho de Contribuintes alterar a motivação do Ato Declaratório; que a simulação no quadro social da empresa paulista ocorreu em 26/04/11, já que não há dúvidas de que o Sr. Lino Marcos de Lima sempre foi o proprietário daquela empresa. Questiona como podem ser declaradas ideologicamente falsas notas fiscais emitidas antes 26/04/11;

- ocorreu a decadência parcial em relação ao direito de a Fiscalização exigir o crédito tributário referente ao exercício de 2008, quer pela aplicação do disposto no art. 173, inciso I ou no art. 150, § 4º, ambos do CTN, por entender que a notificação válida do lançamento deu-se quando da intimação para impugnação após lhe serem devolvidos os documentos, o que somente ocorreu no dia 06/01/14, conforme fls. 615;

- não obteve qualquer tipo de vantagem, não fez parte do conluio entre as empresas paulistas e comprovou que adquiria o açúcar pelo preço de mercado; que o Fisco do estado de São Paulo não desconsiderou as operações entre a Usina e Qualityçucar, pois lavrou Auto de Infração - AI exigindo o imposto não recolhido para aquele estado, não cabendo ao Fisco mineiro efetuar esse procedimento.

Requer, além dos pedidos de nulidade e improcedência do lançamento, a exclusão dos sócios da empresa autuada do polo passivo da obrigação tributária, sustentando que faltam pressupostos para a citada eleição dos referidos Coobrigados; que houve fundamentação errônea para tal mister (art. 124, inciso I e art.135, inciso III, ambos do CTN; art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75); que não há atos de gestão ilegais por parte dos sócios para fins dessa inclusão; que a Coobrigada Rose Marie Ramos não exerce função de administradora na empresa autuada, conforme cláusula sexta do contrato social; que o Coobrigado José Hazenclever Ramos é o único administrador da empresa e possui 99% (noventa e nove por cento) das cotas do capital social da empresa; que não houve prejuízo ao estado de Minas Gerais, o que, segundo alega, afastaria a aplicação da norma inserta no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

Requer, ainda, a exclusão do Coobrigado Edson Bicalho Braga do polo passivo da obrigação tributária, arguindo ser ele pessoa estranha ao quadro social da empresa autuada.

O Recorrente/Coobrigado, Edson Bicalho Braga, requer a nulidade do lançamento sob a alegação de cerceamento do seu direito de defesa uma vez que não teriam sido entregues a ele os livros e documentos utilizados para a lavratura do AI e sustenta que, embora não tenha relação com a empresa autuada, está sendo imputada a ele a responsabilidade pelos débitos a ela relativos.

Sustenta que o presente lançamento é decorrente de um ato nulo de pleno direito, sob os mesmos argumentos constantes do Recurso interposto pela Autuada.

Requer a sua exclusão do polo passivo da obrigação tributária sob a alegação de que não há comprovação nos autos de que exerceu qualquer ato de gestão na empresa autuada.

Diz que a decisão recorrida fundamenta a sua manutenção no polo passivo com base na manifestação fiscal que, por sua vez, sustenta sua eleição para o polo passivo com base em diversos documentos/depoimentos anexados aos autos, mas 02

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(dois) desses documentos passaram pelo crivo do Judiciário em 03 (três) decisões nas quais restou consignado que eles nada valem.

Questiona a sua responsabilização pelo crédito tributário em exame com base em depoimentos obtidos no bojo de investigação policial, que, segundo diz, não tem qualquer prova material a lastreá-los.

Argumenta que as investigações policiais constituem meros indicativos, os quais já foram enfrentados pelo Poder Judiciário que determinou a revogação de sua prisão temporária ao analisar o Inquérito Policial de nº 11.036.370-6.

Ressalta que não há procuração outorgando-lhe poderes para gerenciar a empresa autuada.

Questiona, ainda, a fundamentação de sua responsabilidade solidária embasada no art. 124, inciso I do CTN.

Requer, ao final, seja o seu recurso conhecido e provido para que sejam canceladas as exigências fiscais ou para que ele seja excluído do polo passivo da obrigação tributária.

Da análise do conjunto probatório constante dos presentes autos verifica-se que não merece reparo a decisão a *quo* no tocante à procedência do lançamento, conforme fundamentos a seguir aduzidos.

Vale lembrar que a acusação fiscal em exame é de que a Recorrente/Atuada, cuja atividade é o comércio atacadista de açúcar, deixou de recolher ICMS, apurado após recomposição da conta gráfica do ICMS, em razão de aproveitamento indevido dos créditos do imposto provenientes de documentos fiscais declarados ideologicamente falsos, emitidos no período de 13/02/08 a 16/06/10.

Reitera-se que a irregularidade em epígrafe foi apurada após análise e conferência da documentação fiscal da empresa autuada, bem como dos documentos apreendidos quando da realização da operação conjunta das Secretarias de Estado de Fazenda e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais e de São Paulo, denominada “Operação Laranja Lima”, e de todo o processo investigatório instaurado pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais e, ainda com base no Procedimento de Cassação de Inscrição Estadual - PAC instaurado pelo Fisco paulista, do qual originou a publicação do Ato Declaratório pela SEF/MG de nº 12.186.210.007435, em que se declarou a falsidade ideológica dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte Qualityçucar Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda (doravante denominada Qualityçucar), emitente das notas fiscais cujos créditos do imposto a elas referentes são objeto da glosa em exame.

Os documentos fiscais cujos créditos do imposto são objeto de estorno encontram-se listados no demonstrativo constante do Anexo 1 (fls.31/162) e foram declarados ideologicamente falsos conforme Ato Declaratório nº 12.186.210.007435 (cópia às fls. 174), publicado no Diário Oficial deste estado em 20/08/13.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS apurado após recomposição da conta gráfica do ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente cabe destacar que não procede a alegação do Recorrente/Coobrigado de nulidade do lançamento sob o argumento de cerceamento do seu direito de defesa por ausência de entrega a ele dos livros e documentos utilizados para a lavratura do Auto de Infração - AI, conforme fundamentos constantes da manifestação fiscal, os quais não deixam dúvidas que foi oportunizado aos Autuados o amplo direito de defesa:

No que se refere ao alegado cerceamento de defesa, tendo em vista a alegação do não fornecimento de livros e documentos fiscais que embasaram a autuação fiscal para o Impugnante se defender, tal afirmação se configura distinta da realidade dos fatos presentes.

O auto de infração e seus anexos, foram encaminhados e recebidos pelo sujeito passivo e pelos coobrigados em 20/12/2013 e 26/12/2013 através dos Avisos de Recebimento de seguinte identificação (AR's WSA547543048BR; SA547543025BR; SA547543034BR; SA547543051BR). Nestes constam cópias de toda a documentação que dá sustentação ao feito fiscal, inclusive as cópias dos documentos apreendidos por meio do AAD nº 006080. Os demais documentos apreendidos e não constantes do Auto de Infração não se mostraram relevantes e não foram utilizados para caracterização do ilícito tributário, visto que toda a documentação anexada aos autos é suficiente para comprovação da irregularidade cometida, qual seja, o aproveitamento indevido de créditos de ICMS proveniente do imposto destacado dos documentos fiscais declarados ideologicamente falsos, conforme Ato Declaratório nº 12.186.210.007435, de 24/07/2013, publicado no "MG" de 20/08/2013.

Diante do acima relatado, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Acrescente-se, ainda, que os documentos constantes dos autos não deixam dúvidas de que o Recorrente/Coobrigado, conforme se verá, é o verdadeiro proprietário da empresa autuada, conhecedor, portanto, de toda a documentação e provas que embasam o presente lançamento.

Registra-se que o Auto de Infração foi lavrado contendo todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações e o valor do imposto exigido. Foram citados os dispositivos infringidos, as penalidades e observados todos os requisitos formais e materiais previstos nos art. 85 a 94 do RPTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outrossim, verifica-se que os Sujeitos Passivos compreenderam a acusação fiscal completa e irrestritamente, conforme se constata pelas defesas apresentadas, que abordam, minuciosamente, todos os aspectos relacionados com as operações objeto da autuação.

Da mesma forma, não procede a alegação da Recorrente/Autuada da ocorrência da decadência do direito de a Fiscalização constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2008, por entender que a notificação válida do lançamento deu-se quando da intimação para impugnação após devolução dos documentos à empresa autuada, o que somente ocorreu no dia 06/01/14.

Necessário destacar, por oportuno, que o caso dos autos refere-se à constatação, pela Fiscalização, de operações simuladas promovidas entre empresa paulista (Qualityçucar) e a empresa Recorrente/Autuada, quando, na verdade, as operações ocorriam entre as usinas de açúcar paulistas e a empresa mineira.

E, nesses casos, a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que se aplica a contagem do prazo decadencial nos termos do que dispõe o art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional - CTN, tendo em vista a ressalva contida no § 4º do art. 150 do CTN, *in verbis*:

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).

Há que se mencionar, ainda, que o entendimento dominante neste Conselho de Contribuintes é que a contagem do prazo decadencial para constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) rege-se pelo disposto no art. 173, inciso I do CTN, *in verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2008 somente se expirou em 31/12/13, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributário exigido, uma vez que os Autuados foram regularmente intimados da lavratura do Auto de Infração - AI em 20/12/13 e 26/12/13, conforme fls. 611/613.

E nesse diapasão, equivocou-se a Recorrente/Autuada quando alega que a notificação válida do lançamento ocorreu quando da intimação para impugnação após devolução dos documentos à empresa autuada em 06/01/14, porquanto a intimação da lavratura do Auto de Infração – AI já tinha se operado no exercício de 2013, conforme mencionado.

O que ocorreu em 06/01/14 foi a comunicação, por parte da Fiscalização, da reabertura de vista dos autos aos Sujeitos Passivos e a concessão de prazo para que eles apresentassem aditamento às impugnações em face da referida devolução de documentos, observando-se, dessa forma, as garantias inerentes ao devido processo legal nos termos do que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e as acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com meios e recursos a ela inerentes*”.

Lado outro, verifica-se que no Ato Declaratório, publicado no Diário Oficial deste estado no dia 20/08/13, consta a seguinte capitulação legal - art. 39, § 4º, inciso II, alínea “a”, subalínea “a 5” da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

II - ideologicamente falso:

a) o documento fiscal autorizado previamente pela repartição fazendária:

(...)

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

(...)

Depreende-se dos presentes autos que as notas fiscais emitidas pela empresa paulista Qualityçucar foram consideradas ideologicamente falsas diante da constatação, por meio da análise de todo o procedimento de cassação da I.E. da referida empresa conforme “PAC - Procedimento Administrativo de Cassação” emitido pelo Fisco do estado de São Paulo, o qual se encontra acostado aos autos conforme mídia eletrônica de fls. 238.

Destaca-se que consta do Anexo 6 dos autos (fls. 242/267) a Autorização concedida pelo Poder Judiciário daquele estado para compartilhamento das informações constantes do Processo de Cassação da Inscrição Estadual da empresa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Qualityçucar com os a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais e com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Por meio da análise do procedimento de cassação da I.E. da Qualityçucar, verifica-se que a mencionada empresa, sediada em São Paulo, teve a sua inscrição estadual declarada nula desde a origem, tendo em vista que foi constituída com o objetivo principal de fazer simulação de intermediação de compras de açúcar de fabricantes paulistas e destiná-las a atacadistas sediados no estado de Minas Gerais, com vistas a aferir vantagens ilícitas na transferência de créditos superiores ao ICMS pago nas reais operações de compras, operações estas que ocorreram diretamente entre as usinas de açúcar paulistas e os atacadistas mineiras.

Conforme investigação do Fisco de São Paulo, o açúcar deveria sair das usinas paulistas com destino ao atacadista mineiro tributado à alíquota do imposto no percentual de 12% (doze por cento), mas utilizando-se da empresa Qualityçucar simulava-se uma operação intermediária entre a mencionada empresa e as usinas também paulistas, na qual o açúcar era tributado a alíquota de 7% (sete por cento), como se a mercadoria fosse destinada à referida empresa paulista comandada pelo Sr. Lino Marcos de Lima.

Explica o Fisco de São Paulo que a Qualityçucar simulava a revenda do açúcar aos verdadeiros compradores (atacadistas mineiros) com a adoção da alíquota do ICMS no percentual de 12% (doze por cento), assumindo o ônus desse “diferencial de alíquotas” (diferença entre a alíquota da suposta entrada da mercadoria na empresa Qualityçucar e a saída da mercadoria para os atacadistas sediados em Minas Gerais).

Para fazer frente a essa diferença do imposto, decorrente das operações de saídas interestaduais da Qualityçucar para os atacadistas mineiros, operações essas simuladas, repita-se, pois as mercadorias saíam das usinas de açúcar paulistas para os referidos atacadistas; a Qualityçucar adquiria de remetentes sediados no estado do Rio de Janeiro (*cujos sócios eram ligados ao Sr. Lino Marcos de Lima*) lã de aço com crédito do imposto no percentual de 12% (doze por cento) do valor da operação e promovia saídas internas das mercadorias constantes das notas fiscais ao abrigo do diferimento do imposto, de forma a acumular crédito de ICMS em sua escrita fiscal.

Para fazer frente ao dito “diferencial de alíquotas”, a Qualityçucar adquiria, também, bebidas quentes tributadas à alíquota do imposto no percentual de 25% (vinte e cinco por cento) de empresa sediada no estado do Rio de Janeiro, em relação à qual o Sr. Lino Marcos de Lima já pertenceu ao quadro social.

Vale destacar que essas aquisições de empresas sediadas no estado do Rio de Janeiro pela Qualityçucar foram consideradas pelo Fisco de São Paulo como fictícias. E o Fisco paulista lavrou Autos de Infração devido a esse aproveitamento indevido de crédito do imposto.

Registra-se, pela importância, que esses Autos de Infração – AIs lavrados pelo Fisco paulista, conforme está consignado no PAC do Fisco de São Paulo, são considerados pelos envolvidos no esquema de sonegação como “AIs desejados” pois, segundo entendem os articuladores do esquema, tais lançamentos “esquentam” o

crédito do imposto no destino. Contudo, o que se constata é que não há pagamento desse crédito tributário, conforme se denota do esquema engendrado pelos envolvidos.

Ressalta-se que no PAC/SP consta que tais operações foram montadas para simular a intermediação, principalmente, de compra de açúcar por parte da Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda (ora Recorrente/Autuada), maior beneficiária da fraude arquitetada pelo esquema de sonegação fiscal em testilha.

Relata-se, ainda, no PAC, que em 2007 a Qualityçucar exclusivamente intermediou, por meio de simulação, compras de açúcar para a Recorrente/Autuada. Já em 2008 a empresa paulista diversificou parte de suas operações promovendo o empacotamento de açúcar com vendas voltadas para o comércio varejista, o que, segundo atesta o Fisco paulista, foi um artifício utilizado para conferir “ares de legalidade as suas operações simuladas”.

Consta do PAC paulista que as empresas utilizadas como intermediárias nesse esquema de sonegação fiscal têm vida útil limitada, pois, em alguns anos, acumulam débitos tributários e autuações fiscais (como os Autos de Infração ditos “desejados”), fatos que inviabilizam a continuidade das operações fraudulentas. Por isso, a organização vai “abandonando” as empresas e substituindo-as por outras.

Resta claro nos fundamentos constantes do PAC que o Sr. Lino Marcos de Lima e outros empresários utilizaram-se da Qualityçucar e de outras empresas que a antecederam ou a sucederam na prática das referidas irregularidades.

E, diante de todo esse esquema de sonegação fiscal que se encontra bem detalhado no PAC, propõe o Fisco de São Paulo a cassação da eficácia das inscrições estaduais que foram concedidas por aquele estado à empresa Qualityçucar **desde a abertura da empresa, ocorrida em 09/04/07.**

Importante destacar que em 2011 o Sr. Lino Marcos de Lima simulou a transferência de endereço da empresa para outro, com intuito de abrigar naquele nova empresa a ser constituída para dar continuidade ao esquema de sonegação fiscal. E, também, simulou a transferência de propriedade da empresa para sócio dito “laranja”, conforme consta do PAC.

Como bem detalhado no PAC, nas investigações realizadas pelo Ministério Público de São Paulo constatou-se a existência de um grupo de pessoas acusadas de estelionato, oriundas do estado de Minas Gerais, confirmando o esquema montado na simulação de intermediação de açúcar para este estado, a exemplo da situação do caso dos presentes autos.

Consta, também, do PAC que o Sr. Lino Marcos de Lima, que possui 04 (quatro) CPFs cadastrados em seu nome, é o elo entre várias “empresas” envolvidas em esquemas de sonegação fiscal, ora como sócio, procurador, gerente ou representante de interesses dessas ditas empresas em operações realizadas nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Espírito Santo; e, ainda segundo o retromencionado PAC, lidera uma organização criminosa que objetiva sonegar impostos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em várias passagens do referido PAC consta que o Sr. Lino Marcos de Lima, cujo endereço constante dos bancos de dados da Receita Federal é no bairro Eldorado em Contagem/MG (o seu sócio na Qualityaçúcar também tem endereço cadastrado em Contagem/MG) **recebia comissão de 1,5% (um vírgula cinco por cento) sobre o valor total do documento fiscal emitido para as empresas mineiras (Nota Fiscal referente à operação interestadual – operação simulada).**

Verifica-se do PAC que as empresas beneficiárias da fraude fiscal eram principalmente a Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda (Recorrente/Autuada) e a World Brasil Com. Ind. Emp. e Exp. Ltda (para essa empresa também foi lavrado Auto de Infração pela Fiscalização deste estado), ambas sediadas em Contagem/MG, as quais, como demonstram os documentos constantes dos autos, pertencem/pertenceram (no caso da World) ao Recorrente/Coobrigado Edson Bicalho Braga.

Registra-se, por oportuno, que a Recorrente/Autuada consta como principal cliente da citada organização e recebeu o montante de R\$ 201.889.890,20 (duzentos e um milhões, oitocentos e oitenta e nove mil, oitocentos e noventa reais e vinte centavos) referente a operações com açúcar no período de maio de 2005 a maio de 2011.

E o curioso é que, não obstante essa vultosa aquisição de mercadoria no período mencionado, os sócios (cônjuges), ora Coobrigados, constantes do quadro social da empresa autuada residem em condições bastante precárias na cidade de Betim/MG, em bairro habitado por pessoas de baixo poder aquisitivo (Bairro Jardim Teresópolis).

Destaca-se, ainda, que o sócio contratual da empresa autuada, José Hazenclever Ramos, trabalhou nos anos de 1996 a 2007 como segurança, quando já era então sócio contratual da Recorrente/Autuada, percebendo remuneração mensal de R\$ 641,34 (seiscentos e quarenta um reais e trinta e quatro centavos). Já sua esposa, também sócia contratual da empresa autuada, ocupa-se das atividades “do lar”, conforme por ela declarado.

Ressalta-se, também, que ambos são naturais de São Pedro de Suaçuí/MG, conterrâneos, portanto, do Recorrente/Coobrigado Edson Bicalho Braga (verdadeiro proprietário da empresa autuada).

Consta do PAC, que em maio de 2009 foram apreendidos pelo Fisco de São Paulo correspondências enviadas pela Recorrente/Autuada aos funcionários do Sr. Lino Marcos de Lima, nas quais continham instruções para emissão das notas fiscais para a empresa autuada, após realizada a negociação com a usina.

Conforme consta do PAC, por meio de escuta telefônica autorizada pelo Poder Judiciário do estado de São Paulo (fls. 31 do PAC), verificou-se que a Sra. Nivanilde Soares (“Vânia”), articuladora dos “negócios” de Lino Marcos de Lima no CEASA em Contagem/MG, menciona que fechou o **fornecimento de documentos fiscais com a comissão no percentual de 1,5% (um vírgula cinco por cento).**

Também, por meio de escuta telefônica devidamente autorizada pelo Poder Judiciário do estado de São Paulo (fls. 345 do PAC) foram interceptados diálogos nos

quais o Sr. Lino Marcos de Lima aponta “Edson Braga” como dono da Mercavale, o qual não consta do quadro social da empresa autuada.

São destacados nessas escutas telefônicas diálogos em que o Sr. Lino Marcos de Lima trata pessoalmente de negócios com “Edson Braga” (fls. 347 do PAC).

Às fls. 349/351 do PAC constam transcrições de interceptações telefônicas nas quais se verifica a ocorrência de uma negociação entre o Sr. Lino Marcos de Lima e “Edson Braga” de um veículo (Pajero Full 2009, avaliado em R\$ 138.929,00 (cento e trinta e oito mil, novecentos e vinte nove reais), que era financiado em nome da Recorrente/Autuada). Depreende-se dessa negociação do referido automóvel tratar-se de pagamento de comissões ao Sr. Lino Marcos de Lima pelo uso de suas empresas na simulação de operações intermediárias (simuladas) com açúcar (240.000 sacas equivalentes a R\$ 17.280.000,00 (dezesete milhões, duzentos e oitenta mil reais)).

Em depoimento prestado ao Ministério Público de São Paulo (PAC fls. 369), a funcionária do Sr. Lino Marcos de Lima no Ceasa (“Vânia”) relata que as operações envolvendo o açúcar eram tratadas diretamente com o Sr. Lino representando as empresas paulistas (Qualityçucar, Belaçucar, Itaipu, entre outras) e que ele vinha ao Ceasa/MG todo o início de mês para fazer acordos com Edson Bicalho Braga da Mercavale.

Ainda em depoimento prestado ao Ministério Público de São Paulo (PAC fls. 370/371), outro funcionário do Sr. Lino Marcos de Lima, que também figurou como “sócio laranja” nas empresas paulistas, esclarece que a negociação de açúcar era feita da seguinte forma:

- os clientes faziam uma transferência bancária para as empresas de Lino, que comprava o açúcar das usinas e autorizava o carregamento diretamente pelos clientes. Os clientes providenciavam e pagavam o transporte, mas o açúcar era retirado das usinas em nome das empresas de Lino, e não em nome dos clientes. Em seguida, era emitida nota de vendas das empresas de Lino para os clientes.

De acordo com o que consta no PAC e também é mencionado pela Fiscalização nos presentes autos, as informações prestadas pelo funcionário do Sr. Lino Marcos de Lima ao Ministério Público de São Paulo (PAC fls. 370/371) sobre o esquema montado para as aquisições de açúcar pelos atacadistas mineiros envolvidos no esquema foram confirmadas por meio de ação do Fisco mineiro envolvendo a Recorrente/Autuada (documentos de fls. 370/371).

Como mencionado, consta do PAC que a Recorrente/Autuada era uma das atacadistas mineiras beneficiárias da fraude fiscal, consoante sobejamente demonstrado nos autos.

Conforme se verifica de todo o conjunto probatório constantes dos autos, é improcedente a alegação da Recorrente/Autuada de que não há comprovação de sua participação no esquema de sonegação fiscal em análise.

Quanto aos motivos da cassação da inscrição estadual da empresa Qualityçucar, ressalta-se que estão claramente demonstrados no Despacho DRT-6 do PAC (fls. 377).

Destaca-se que consta no item 4.1 do citado despacho que a simulação do quadro societário (ocorrida em relação à empresa Qualityçucar em 26/04/11) “ **foi estratégia utilizada para acobertar os reais responsáveis pela participação na organização ou associação criminosa constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, formada com a finalidade de implementar esquema de evasão fiscal mediante artifícios envolvendo dissimulação de atos, negócios ou pessoas e, com potencial de lesividade ao Erário**”.

Verifica-se, portanto, que a cassação da inscrição estadual da empresa Qualityçucar não se fundamenta apenas na constatação de embaraço à fiscalização e simulação de quadro societário, como alegado pela Recorrente/Autuada.

Repete-se pela importância, que a conclusão da Autoridade Fiscal mencionada no item 4.1 do Despacho DRT-6, é de que a simulação ocorrida no quadro social da empresa Qualityçucar objetivou *acobertar os reais responsáveis pela organização/associação criminosa constituída para a prática de fraude fiscal*.

Nesse sentido, não se sustenta a alegação dos Recorrentes de que os documentos fiscais, cujos créditos do imposto são objeto de glosa, foram emitidos antes da motivação que deu causa à cassação da I.E. da Qualityçucar, porque, a motivação determinante para a cassação foi a existência de uma associação criminosa constituída para a prática de fraude fiscal e, por isso, o Fisco de São Paulo cassou a inscrição estadual da referida empresa paulista desde a data da sua abertura.

Assim, não há que se falar em nulidade do ato declaratório emitido pelo Fisco deste estado, porquanto encontra-se embasado em todo o procedimento de cassação da I.E. da empresa Qualityçucar efetuado pelo Fisco de São Paulo, o qual, repete-se, cassou a inscrição estadual da empresa paulista desde a data da sua abertura (veja-se fls. 396 e 400 do PAC).

Ademais, é importante salientar, que o lançamento em exame fundamenta-se no Ato Declaratório emitido pelo Fisco deste estado e, também, no Procedimento de Cassação – PAC da Inscrição Estadual da empresa Qualityçucar.

Não há qualquer dúvida quanto à caracterização dos documentos fiscais como ideologicamente falsos. O ato declaratório, além de configurar formalmente a irregularidade, descreve a situação que ensejou a declaração, demonstrando, de maneira inequívoca, serem os documentos fiscais materialmente inábeis para legitimar o aproveitamento de créditos do imposto.

Ademais, menciona-se que não houve contestação do ato de falsidade relacionado no presente lançamento, nos termos do que dispõe o art. 134-A do RICMS/02, a seguir transcrito:

Art. 134-A - Declarada a falsidade de documento fiscal, qualquer contribuinte interessado poderá recorrer dos fundamentos do ato administrativo, no prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação do ato declaratório, apresentando:

(...).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De acordo com a legislação estadual, constatada a inidoneidade dos documentos fiscais, a ação fiscal independe de ato declaratório prévio que o tenha considerado falso ou inidôneo. Confira-se:

RICMS/02

Art. 135. Os documentos falsos, ideologicamente falsos ou inidôneos fazem prova apenas a favor do Fisco.

Parágrafo único. Constatada a falsidade ou a inidoneidade de documento fiscal, nos termos dos artigos anteriores, a ação fiscal independe de ato declaratório prévio que o tenha considerado falso ou inidôneo.

Em outro viés, é importante registrar que o ato declaratório é de natureza declaratória e não normativa. A publicação do ato no Diário Oficial do estado visa apenas tornar público o que já existia.

Portanto, o ato declaratório visa dar publicidade da inidoneidade dos documentos fiscais, nos termos do que dispõe o art. 5º, inciso LX e art. 37, ambos da Constituição Federal de 1988, aos contribuintes mencionados como destinatários das notas fiscais que, posteriormente à ocorrência do negócio jurídico, são declaradas inidôneas.

No caso em exame, a publicação dos atos declaratórios nem seria necessária, uma vez que o conjunto probatório dos autos demonstra que a empresa atuada participava ativamente do esquema de sonegação fiscal.

A Recorrente/Atuada alega que as operações retratadas nos documentos fiscais atuados efetivamente ocorreram, conforme documentos por ela acostados aos autos, reportando-se ao entendimento contido na Súmula 509 do STJ, que se refere ao direito do aproveitamento de crédito do imposto do adquirente de boa-fé em relação a notas fiscais declaradas inidôneas. No entanto, no caso em exame, salta aos olhos que não se está diante de um adquirente de boa-fé à luz do entendimento emanado da referida súmula. Examine-se:

SÚMULA 509 DO STJ:

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

Essa súmula tomou como base alguns precedentes, entre eles, menciona-se o recurso especial representativo de controvérsia RESp 1.148.444/MG, assim ementado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.

1. O COMERCIANTE DE BOA-FÉ QUE ADQUIRE MERCADORIA, CUJA NOTA FISCAL (EMITIDA PELA EMPRESA VENDEDORA) POSTERIORMENTE SEJA DECLARADA INIDÔNEA, PODE ENGENDRAR O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DO ICMS PELO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE, UMA VEZ DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA EFETUADA, PORQUANTO O ATO DECLARATÓRIO DA INIDONEIDADE SOMENTE PRODUZ EFEITOS A PARTIR DE SUA PUBLICAÇÃO (PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO: EDCL NOS EDCL NO RESP 623.335/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 11.03.2008, DJE 10.04.2008; RESP 737.135/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 14.08.2007, DJ 23.08.2007; RESP 623.335/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 07.08.2007, DJ 10.09.2007; RESP 246.134/MG, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 06.12.2005, DJ 13.03.2006; RESP 556.850/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 19.04.2005, DJ 23.05.2005; RESP 176.270/MG, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 27.03.2001, DJ 04.06.2001; RESP 112.313/SP, REL. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 16.11.1999, DJ 17.12.1999; RESP 196.581/MG, REL. MINISTRO GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04.03.1999, DJ 03.05.1999; E RESP 89.706/SP, REL. MINISTRO ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 24.03.1998, DJ 06.04.1998).

2. A RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ RESIDE NA EXIGÊNCIA, NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, DA DOCUMENTAÇÃO PERTINENTE À ASSUNÇÃO DA REGULARIDADE DO ALIENANTE, CUJA VERIFICAÇÃO DE IDONEIDADE INCUMBE AO FISCO, RAZÃO PELA QUAL NÃO INCIDE, À ESPÉCIE, O ARTIGO 136, DO CTN, SEGUNDO O QUAL "SALVO DISPOSIÇÃO DE LEI EM CONTRÁRIO, A RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÕES DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INDEPENDE DA INTENÇÃO DO AGENTE OU DO RESPONSÁVEL E DA EFETIVIDADE, NATUREZA E EXTENSÃO DOS EFEITOS DO ATO" (NORMA APLICÁVEL, IN CASU, AO ALIENANTE).

3. IN CASU, O TRIBUNAL DE ORIGEM CONSIGNOU QUE: "[...] OS DEMAIS ATOS DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE FORAM PUBLICADOS APÓS A REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES (F. 272/282), SENDO QUE AS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS TÊM APARÊNCIA DE REGULARIDADE, HAVENDO O DESTAQUE DO ICMS DEVIDO, TENDO SIDO ESCRITURADAS NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS (F. 35/162). NO QUE TOCA À PROVA DO PAGAMENTO, HÁ, NOS AUTOS, COMPROVANTES DE PAGAMENTO ÀS EMPRESAS CUJAS NOTAS FISCAIS FORAM DECLARADAS INIDÔNEAS (F. 163, 182, 183, 191, 204), SENDO A MATÉRIA INCONTROVERSA, COMO ADMITE O FISCO E ENTENDE O CONSELHO DE CONTRIBUINTES".

4. A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE EM RELAÇÃO ÀS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS APÓS A CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO (O QUAL FORA EFETIVAMENTE REALIZADO), UMA VEZ CARACTERIZADA, LEGITIMA O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE ICMS.

5. O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ NÃO INCIDE À ESPÉCIE, UMA VEZ QUE A INSURGÊNCIA ESPECIAL FAZENDÁRIA RESIDE NA TESE DE QUE O RECONHECIMENTO, NA SEARA ADMINISTRATIVA, DA INIDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS OPERA EFEITOS EX TUNC, O QUE AFASTARIA A BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE, MÁXIME TENDO EM VISTA O TEOR DO ARTIGO 136, DO CTN.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO REGIME DO ARTIGO 543-C, DO CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008 (RESP 1148444/MG, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 14-4-2010, DJE DE 27-4-2010).

No caso dos autos, não há dúvidas de que a Recorrente/Autuada não se enquadra como uma adquirente de boa-fé para fins de aplicação do entendimento consagrado na jurisprudência pátria, que permite o aproveitamento do crédito do imposto destacado nos documentos fiscais declarados inidôneos (no caso, ideologicamente falsos), pois, repita-se, o conjunto probatório dos autos demonstra, à exaustão, a participação da empresa autuada no esquema de sonegação fiscal perpetrado pelas empresas comandadas pelo Sr. Lino Marcos de Lima em relação às remessas de açúcar para o estado de Minas Gerais, com o claro intuito de obter vantagem econômica por meio do imposto não recolhido aos cofres públicos.

Para corroborar esse entendimento, às fls. 149/150, 151/152, 163/169, 171/172, 182/184 do PAC, entre outras, constam cópias de extratos bancários de titularidade de empresas comandadas pelo Sr. Lino Marcos de Lima (Itaipu e Qualityçucar), nas quais se verifica a movimentação financeira entre contas bancárias das referidas empresas, de outras empresas envolvidas no esquema de sonegação fiscal, da Mercavale (ora Recorrente/Autuada).

O que se depreende dessa documentação, relativa à movimentação financeira constante dos extratos bancários das empresas comandadas pelo Sr. Lino Marcos de Lima, é que os recursos financeiros que eram enviados pela empresa autuada para as empresas paulistas (Itaipu e Qualityçucar), como forma de pagamento das operações ditas simuladas, ora retornavam para conta bancária da própria empresa ora eram transferidas para as usinas de açúcar, demonstrando uma verdadeira simulação do repasse do fluxo financeiro.

Vale destacar que por meio de escutas telefônicas autorizadas pelo Poder Judiciário resta claro esse esquema de simulação do fluxo financeiro entre as empresas partícipes do esquema de sonegação fiscal (veja-se fls. 356 do PAC, a título de exemplo).

Não há dúvidas, pois, que a documentação trazida pela Recorrente/Autuada, com intuito de comprovar ser ela adquirente de boa-fé, faz parte

do esquema de simulação da própria operação comercial ocorrida entre ela e a empresa Qualityçucar e as demais envolvidas no esquema de sonegação fiscal.

Tais documentos são absolutamente insuficientes para tornar regular as operações simuladas objeto da glosa dos créditos do imposto em exame.

Evidencia-se, portanto, que, à luz da orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, não se extraem do caso em exame elementos que possam submeter o presente lançamento ao referido precedente, por faltar a condição de boa-fé do adquirente e também a efetividade da operação cujos créditos do imposto são objeto da glosa, uma vez tratar-se de operações simuladas.

Também não legitima os créditos do imposto ora estornados, a alegação trazida pela Recorrente/Autuada de que o Fisco paulista exigiu o ICMS referente às operações promovidas pela empresa Qualityçucar (Auto de Infração em fase de execução).

Isso porque, conforme relata o Fisco de São Paulo, esse tipo de autuação é considerado pelos próprios envolvidos no esquema de sonegação como “**AIs desejados**” pois, repita-se, segundo entendem os articuladores do referido esquema, tais lançamentos “esquentam” o crédito do imposto no destino, mas, efetivamente, o que se constata é que não há pagamento desse crédito tributário.

E não há pagamento dessas autuações porque, conforme consta do PAC paulista, as empresas utilizadas como intermediárias nesse esquema de sonegação fiscal têm vida útil limitada. Vale dizer, a organização vai “abandonando” as empresas e substituindo-as por outras, incluindo em seus quadros societários sócios ditos “laranjas” como ocorreu com a empresa Qualityçucar em 26/04/11.

Conveniente reiterar, que em 26/04/11 houve uma simulação do quadro societário da empresa Qualityçucar, o que foi considerado “*estratagema utilizado para acobertar os reais responsáveis pela participação na organização ou associação criminosa constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, formada com a finalidade de implementar esquema de evasão fiscal mediante artifícios envolvendo dissimulação de atos, negócios ou pessoas, e com potencial de lesividade ao Erário*”, como relatado pelo Fisco paulista.

Consta, ainda, do PAC, que em 2011, também houve simulação de transferência da empresa Qualityçucar para outro endereço, visando abrigar no endereço anterior nova empresa a ser constituída para dar continuidade ao esquema de sonegação fiscal.

Desse modo, e levando-se em conta toda a documentação cotejada, exsurge a convicção de que todos os Autuados participaram ativamente do esquema de sonegação fiscal detalhado no PAC paulista.

Lado outro, o princípio da não cumulatividade do imposto está previsto na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 87/96 e na legislação tributária estadual.

Dispõe o art. 155, inciso II, § 2º da Constituição Federal:

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

(...)

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

(...)

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

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

A interpretação do dispositivo retrotranscrito conduz à conclusão de que o contribuinte deve compensar o imposto devido em cada operação de circulação de mercadoria com o imposto cobrado na operação anterior.

O art. 23 da Lei Complementar nº 87/96 e art. 30 da Lei Estadual nº 6.763/75, a seguir reproduzidos, estabelecem que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, está condicionado à idoneidade da documentação, sendo que a apropriação indevida de créditos enseja recolhimento a menor do imposto:

Lei Complementar nº 87/96

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

Lei Estadual nº 6.763/75

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

Nesse mesmo norte, o Regulamento do ICMS, em seu art. 70, inciso V, dispõe que, na hipótese de declaração de falsidade documental, o crédito somente será admitido mediante prova inequívoca de que o imposto destacado tenha sido efetivamente pago na origem, que conforme se verifica, não ocorreu no caso em exame.

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...).

Portanto, pelo conjunto dos documentos acostados aos autos, encontra-se plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária e, conseqüentemente, mostra-se correta a exigência de ICMS e das Multas de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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

(...)

XXXI - por emitir ou utilizar documento fiscal falso ou ideologicamente falso - 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação ou da operação, cumulado com estorno de crédito na hipótese de sua utilização, salvo, nesse caso, prova concludente de que o imposto correspondente tenha sido integralmente pago;

(...).

E não há que se falar em violação ao princípio do não confisco, em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75, e o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do que dispõe o art. 110 do RPTA:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...).

Correta, também, a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, todos devidamente capitulados no Auto de Infração - AI:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

.....
Lei nº 6.763/75

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.

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

.....
Quanto à sujeição passiva, encontram-se nos autos demonstradas as participações dos Autuados na fraude identificada, por meio de conluio, triangulação arquitetada com objetivo definido e utilização de documentos fiscais ideologicamente falsos, no intuito de diminuição do real tributo devido nas operações.

Conforme asseverado pela Fiscalização, os sócios que figuram no contrato social desconhecem detalhes básicos de funcionamento da empresa, foram identificados nos depoimentos de terceiros como laranjas, testas de ferro do real proprietário, Sr. Edson Bicalho Braga, ora Recorrente/Coobrigado.

O conjunto probatório existente nos autos traduz com clareza a formatação de procedimentos lesivos ao Erário com a participação dos Autuados, como descrito pela Fiscalização:

(...)

Nas respostas do sócio de direito, merece atenção o desconhecimento de assuntos básicos como: alterações de endereço da empresa, do tamanho da frota da empresa, do nível de faturamento da empresa da qual declara ser sócio, de procuradores para os quais já passou procuração, além de não se recordar de informações básicas da administração da empresa. Igualmente, merece nota a desconexão entre as retiradas de pró-labore em suas declarações e as

informações de rendimentos apresentados na declaração do Imposto de Renda de 2011: uma diferença em torno de 120%.

Observando as declarações dadas pelo sócio de direito ao fiscal, e a conclusão constante no referido parecer, não podemos nos afastar da evidência de que tal sócio se trata de interposta pessoa, colocada no quadro societário da empresa com evidente infringência às normas legais.

A situação de dois sócios formais e de um sócio de fato que comanda a MERCAVALE, se constitui na circunstância presente e foi constatada nos documentos probatórios que acompanham o Auto de Infração. Entende-se que tal situação foi criada para ocultar o verdadeiro comandante das operações da referida empresa, estando aí incluídas as operações irregulares realizadas com o intuito de minimizar o recolhimento do ICMS e que, caso fossem descobertas, não fosse possível encontrar patrimônio suficiente pertencente aos sócios de direito para reparar os danos.

Como demonstrado nos depoimentos feitos na Polícia Civil de Minas Gerais e em depoimentos constantes no Pac de SP, não há dúvida de que, devido às infrações demonstradas (e em especial ocultando-se o real proprietário na constituição da empresa), estão presentes condições que fazem com que o Art. 135 seja aplicado tanto aos sócios formais como também ao sócio de fato, estando caracterizada indubitavelmente infração de lei. Podem assim ser responsabilizados pessoalmente todos os coobrigados indicados pelos efeitos tributários e criminais correspondentes. (g.n.)

(...)

Cabe-nos aqui ressaltar que, o impugnante deu importância apenas às informações veiculadas na decisão que determina a revogação da prisão temporária do Impugnante, abstenho-se de tecer considerações perante às outras provas apresentadas nos anexos **5.a, 5.c e Anexo 10** deste Auto de Infração, quais sejam, escutas telefônicas autorizadas, depoimentos de testemunhas perante autoridades policiais e documentos apreendidos nas dependências da MERCAVALE. Nessas últimas, todas as provas apontam para uma única conclusão possível: **que EDSON BICALHO BRAGA era o dono informal da MERCAVALE e exercia poderes de gerência e mando dentro da mesma.** (Grifou-se)

(...)

No Anexo 10 do AI (Auto de Infração) constam:

- Páginas do Livro “Conta Corrente” da MERCAVALE onde foram anotadas de punho as movimentações da conta corrente 0030-2, agência 1182-7, banco Bradesco, compreendidas no período de 12/08/10 a 08/08/11, dia anterior à Operação Laranja Lima. Observam-se vários valores lançados como débito na conta corrente referentes a Edson (“Acerto Edson” ou “Desp. Edson Braga”).
- Páginas de Agenda onde constam dados particulares de EDSON BICALHO BRAGA.
- Cópia da Declaração do Imposto de Renda e do Recibo de Entrega da mesma de EDSON BICALHO BRAGA, exercício 2009.

No Anexo 5a do AI:

- São as transcrições de depoimentos e escutas telefônica que comprovam o esquema fraudulento, o relacionamento entre EDSON BICALHO BRAGA e a MERCAVALE, demonstrando sua condição de proprietário da MERCAVALE. Tais depoimentos compreendidos no relatório da Polícia Civil foram baseados em coletas judicialmente autorizadas expostas nas seguintes páginas do documento PAC Quality.pdf:

(...)

O **PAC Quality.pdf** é o documento constante do Anexo 5c do Auto de Infração. Trata-se do Relatório de Cassação – Procedimento administrativo de cassação da inscrição estadual paulista da empresa Qualityçucar (SP).

Observa-se que, em se tratando da escuta telefônica entre Lino e Edson mencionada pelo impugnado, que esta faz parte de **várias** escutas telefônicas (não somente uma), nas quais são claras as menções de que EDSON BICALHO BRAGA é o dono informal da MERCAVALE. (Grifou-se.)

No tocante à irrisignação dos Recorrentes quanto à capitulação legal utilizada pela Fiscalização para incluir os Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, notadamente o art. 124, inciso I do CTN, reporta-se aos fundamentos constantes do seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ERRÔNEA CAPITULAÇÃO NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SE O EXECUTADO EXERCEU PLENAMENTE SUA DEFESA. 1. TENDO O EXECUTADO DIRIGIDO SUA DEFESA CONTRA OS FATOS QUE ORIGINARAM A AUTUAÇÃO FISCAL, NÃO INVALIDA A CDA A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CIRCUNSTÂNCIA DA INFRAÇÃO HAVER SIDO CAPITULADA ERRONEAMENTE, EXERCIDOS QUE FORAM A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO. (TRF4 - TERCEIRA TURMA APELAÇÃO CIVEL: AC 12708 SC 95.04.12708-8, RELATOR: PAULO AFONSO BRUM VAZ, DATA DE JULGAMENTO: 11/02/1999, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJ 24/03/1999 PÁGINA: 710).

No caso dos autos, como os Autuados compreenderam a acusação formulada no Auto de Infração e desenvolveram plenamente as suas defesas, não restou configurada hipótese de cerceamento de defesa.

Os Coobrigados (sócios contratuais) são responsáveis solidários pelo crédito tributário em exame, nos termos do disposto no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, uma vez que os elementos constantes dos autos demonstram que na condição de sócios ditos “laranjas” concorreram para o não recolhimento do tributo ora exigido.

Em relação ao Recorrente/Coobrigado, Sr. Edson Bicalho Braga, restou evidenciado, mediante documentos apresentados pela Fiscalização, ser ele o real proprietário da empresa autuada.

E, de modo diferente do alegado no recurso interposto pelo referido Coobrigado, vários outros elementos constantes dos autos, além dos depoimentos/documentos que integram o Inquérito Policial de nº 11.036.370-6, os quais foram analisados pelo Poder Judiciário, que revogou a prisão temporária dele, conforme mencionado pelo Recorrente/Coobrigado, não deixam dúvidas ser ele o real proprietário da empresa autuada, como bem pontuado pela Fiscalização:

Cabe-nos aqui ressaltar que, o impugnante deu importância apenas às informações veiculadas na decisão que determina a revogação da prisão temporária do Impugnante, abstendo-se de tecer considerações perante às outras provas apresentadas nos anexos **5.a, 5.c e Anexo 10** deste Auto de Infração, quais sejam, escutas telefônicas autorizadas, depoimentos de testemunhas perante autoridades policiais e documentos apreendidos nas dependências da MERCAVALE. Nessas últimas, todas as provas apontam para uma única conclusão possível: **que EDSON BICALHO BRAGA era o dono informal da MERCAVALE e exercia poderes de gerência e mando dentro da mesma.** (Grifou-se)

Em conformidade com o relatado, em vários documentos constantes do Processo de Cassação da I.E. da empresa Qualityçucar (elaborado pelo Fisco paulista) consta menção ao Recorrente/Coobrigado como proprietário da empresa autuada. Cita-se, a título de exemplo, os seguintes elementos constantes do PAC:

- escutas telefônicas devidamente autorizadas pelo Poder Judiciário do estado de São Paulo e compartilhadas com o Fisco mineiro (fls. 345 do PAC), nas quais foram interceptados diálogos em que o Sr. Lino Marcos de Lima aponta “Edson Braga” como dono da Mercavale;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- escuta telefônica, devidamente autorizada pelo Poder Judiciário do estado de São Paulo e compartilhada com o Fisco mineiro, na qual consta negociação entre o Sr. Lino Marcos de Lima e “Edson Braga” (fls. 347/351 do PAC) de um veículo (Pajero Full 2009, avaliado em R\$ 138.929,00 (cento e trinta e oito mil, novecentos e vinte nove reais), que era financiado em nome da Recorrente/Autuada), negociação que se refere a pagamento de comissões ao Sr. Lino Marcos de Lima pelo uso de suas empresas na simulação de operações intermediárias com açúcar (240.000 sacas equivalentes a R\$ 17.280.000,00 (dezesete milhões duzentos e oitenta mil reais));

- depoimento prestado ao Ministério Público de São Paulo (PAC fls. 369) de funcionária do Sr. Lino Marcos de Lima no Ceasa (“Vânia”), no qual é relatado que as operações envolvendo o açúcar eram tratadas diretamente com o Sr. Lino representando as empresas paulistas (Qualityçucar, Belaçucar, Itaipu, dentre outras) e que ele vinha ao Ceasa/MG todo o início de mês para fazer acordos com Edson Bicalho Braga da Mercavale;

E, ainda, foram apreendidos no estabelecimento autuado os seguintes documentos, os quais se referem ao Recorrente/Coobrigado:

No Anexo 10 do AI (Auto de Infração) constam:

- Páginas do Livro “Conta Corrente” da MERCAVALE onde foram anotadas de punho as movimentações da conta corrente 0030-2, agência 1182-7, banco Bradesco, compreendidas no período de 12/08/10 a 08/08/11, dia anterior à Operação Laranja Lima. Observam-se vários valores lançados como débito na conta corrente referentes a Edson (“Acerto Edson” ou “Desp. Edson Braga”).

- Páginas de Agenda onde constam dados particulares de EDSON BICALHO BRAGA.

- Cópia da Declaração do Imposto de Renda e do Recibo de Entrega da mesma de EDSON BICALHO BRAGA, exercício 2009.

Conclui-se, portanto, que restou caracterizada a responsabilidade tributária solidária pelo crédito tributário imposta ao Recorrente/Coobrigado no presente lançamento, pois é ele o real proprietário da empresa autuada.

Reitera-se que o Recorrente/Coobrigado, Edson Bicalho Braga, foi eleito para o polo passivo da obrigação tributária como responsável solidário, nos termos do disposto no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Importante destacar que as empresas, cujos quadros societários são formados por sócios “laranjas”, são constituídas em nome de pessoas simples, por vezes funcionários braçais das próprias empresas ou das pessoas que planejaram a fraude. Normalmente, tais sócios “laranjas” não chegam a tomar conhecimento dos negócios realizados pelo empreendimento, como se dá no caso dos autos.

Quando ocorre a utilização do expediente de criar empresas com sócios “laranjas”, não há dúvida de que o intuito é direcionar toda a responsabilidade

tributária apenas contra o sócio administrador relacionado no contrato social, que lá foi colocado apenas “para figurar”, não detendo a menor condição financeira ou patrimonial de responder pelo crédito tributário decorrente das infrações cometidas.

Por conseguinte, o real proprietário continua proprietário dos bens e mercadorias do estabelecimento, apenas transferindo-os para uma nova empresa, a qual é novamente registrada em nome de interpostas pessoas, buscando, dessa forma, impedir que os créditos tributários da empresa anterior “contaminem” o início das atividades dessa nova empresa, de forma que o estado nunca consiga exigí-los dos verdadeiros devedores.

Diante do exposto, conclui-se pela escorreita atribuição de responsabilidade tributária solidária ao Recorrente/Coobrigado Edson Braga Bicalho, arrolado na peça fiscal como responsável solidário.

No caso dos autos, repita-se, vê-se que os sócios constantes no contrato social da empresa autuada são, reconhecidamente, sócios “laranjas”, que nunca foram seus proprietários, ou mesmo exerceram sua gerência, direção ou administração.

Não é necessário que o Recorrente/Coobrigado seja formalmente sócio da empresa para a ele ser atribuída a responsabilidade solidária, pois, não raras vezes, aquele que integra o quadro societário figura apenas como “laranja”, a fim de que os efetivos proprietários sejam isentados de eventual responsabilização por sonegação fiscal. Necessário é que seja comprovado quem é o real proprietário da empresa, como no caso dos autos.

Dessa forma, corretamente agiu a Fiscalização no sentido de investigar acerca da veracidade da composição societária e apurar a responsabilidade do verdadeiro proprietário da empresa autuada pela prática de atos ilícitos, com a consequente imposição das penalidades legais previstas.

A legislação tributária estabelece que quando existe infração à lei tributária, há responsabilidade solidária dos sócios gerentes, administradores, diretores, dentre outros, na dicção do art. 135, inciso III do CTN, já reproduzido.

Doutrina da melhor cepa é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios gerentes e diretores respondem solidariamente pela obrigação tributária **quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social ou estatutos forem prévios ou concomitantes ao surgimento da obrigação tributária** (que se dá pela realização do fato gerador).

Porém, no caso concreto, tendo em vista tratar-se de simulação na composição societária da empresa autuada, não há que se perquirir a função exercida pelo sócio de fato, uma vez que ele é quem efetivamente beneficia-se com a fraude perpetrada.

Acrescente-se, ainda, que nos termos do inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, *qualquer pessoa é responsável 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.*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, correta a inclusão no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado – responsável solidário, do Sr. Edson Braga Bicalho, malgrado não figurar na época dos fatos no quadro societário da empresa, mas dela era sócio de fato, real proprietário da empresa autuada.

Por fim, é importante destacar que a empresa autuada, partícipe e beneficiária desse esquema de sonegação fiscal, descrito detalhadamente no PAC elaborado pelo Fisco de São Paulo, além de causar danos sociais com a supressão do imposto devido, causa também danos irreparáveis à economia e à livre concorrência, prejudicando as empresas que atuam no mesmo ramo de atividade que recolhem seus impostos corretamente e não conseguem competir com aquelas que se beneficiam de créditos espúrios de ICMS e reduzem artificialmente os preços dos produtos.

E, nesse sentido, é importante destacar que nos exercícios autuados são irrisórios os recolhimentos do ICMS efetuados pela Recorrente/Autuada para este estado. Examine-se:

MÊS ANO REF	COD REC	VALOR DO RECOLHIM.	DATA ARRECADAÇÃO	DESCRIÇÃO	TIPO
03/2008	01206	R\$ 5.045,01	29/04/2008	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
04/2008	01206	R\$ 11.756,61	22/09/2008	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
05/2008	01206	R\$ 12.783,33	22/09/2008	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
07/2008	01206	R\$ 11.785,29	30/09/2008	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
07/2008	03178	R\$ 1.603,05	30/09/2008	ICMS OUTROS DIFERENÇA DE ALIQUOTA	ICMS OUTROS
09/2008	01206	R\$ 6.235,77	07/11/2008	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
08/2008	01206	R\$ 8.926,70	07/11/2008	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
10/2008	01206	R\$ 7.742,16	02/12/2008	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
11/2008	01206	R\$ 7.558,87	07/01/2009	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
12/2008	01206	R\$ 8.950,41	03/02/2009	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
02/2009	01206	R\$ 8.513,81	15/05/2009	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
03/2009	01206	R\$ 6.391,72	26/05/2009	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
04/2009	01206	R\$ 3.690,67	12/06/2009	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
04/2009	03178	R\$ 169,40	15/06/2009	ICMS OUTROS DIFERENÇA DE ALIQUOTA	ICMS OUTROS
05/2009	01206	R\$ 8.264,54	15/06/2009	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
06/2009	01206	R\$ 7.421,21	21/10/2009	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
08/2009	03186	R\$ 11,50	11/08/2009	ICMS OUTROS IMPORTACAO	ICMS OUTROS
03/2010	01206	R\$ 110.427,16	30/04/2010	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
04/2010	01206	R\$ 32.202,35	10/05/2010	ICMS COMERCIO - OUTROS	ICMS APURADO NO PERÍODO
TOTAL		R\$ 259.479,56			

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, quanto ao Recurso nº 40.060139304-64 - Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., por maioria de votos, em lhe negar provimento. Vencidos, em parte, os Conselheiros: 1- Vander Francisco Costa (Relator) que lhe dava provimento parcial para excluir do polo passivo a sócia Rose Maire Almeida Ramos e excluir, ainda, as exigências relativas aos documentos fiscais para os quais houve comprovação de que a Recorrente Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. quitou a operação mercantil diretamente à emitente dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documentos e, 2- Luciana Mundim de Mattos Paixão que não excluía a sócia Rose Maire Almeida Ramos, nos termos do voto vencido de fls. 5140/5148. Quanto ao Recurso nº 40.060139305-37 - Edson Bicalho Braga, à unanimidade, em lhe negar provimento. Designada relatora a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros (Revisora). Pela Recorrente Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., sustentou oralmente o Dr. João Henrique Galvão, pelo Recorrente Edson Bicalho Braga, o Dr. Antônio de Pádua Oliveira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além da signatária e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis, José Luiz Drumond e Maria Gabriela Tomich Barbosa.

Sala das Sessões, 11 de março de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora designada**

T

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	4.544/16/CE	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000209415-85	
Recurso de Revisão:	40.060139304-64, 40.060139305-37 (Coob.)	
Recorrente:	Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda IE: 186829142.00-52 Edson Bicalho Braga (Coob.) CPF: 475.042.006-97	
Recorrida:	Fazenda Pública Estadual	
Coobrigados:	José Hazenclever Ramos CPF: 741.880.546-20 Rose Maire Almeida Ramos CPF: 895.850.896-53	
Proc. S. Passivo:	João Henrique Galvão, Alexandre Leal de Oliveira/Outro(s)	
Origem:	DF/Contagem	

Voto proferido pelo Conselheiro Vander Francisco Costa, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão, está na exclusão de Rose Maire Almeida Ramos do polo passivo e para a exclusão das notas fiscais cujos pagamentos foram efetivamente comprovados e decorrem dos fundamentos a seguir expostos.

Rose Maire Almeida Ramos consta no polo passivo na condição de Coobrigada por ser sócia, não administradora da Recorrente Mercavale Mercantil Vale do Sol Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.

O art. 135 do Código Tributário Nacional restringe a responsabilidade pessoal a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Esse dispositivo traz duas condicionantes, ter praticado os atos com excesso de poder e ter poder de gestão, seja como diretores, gerentes ou representantes, mandatários ou preposto. A sócia Rose Maire não enquadra em nenhuma destas hipóteses, devendo ser retirada do polo passivo.

A legislação mineira no § 2º art. 21 da Lei nº 6.763/75 traz o mesmo entendimento, restringindo a atos praticados com excesso de poderes ou infração lei. Não tendo sido comprovado a participação da sócia Rose Maire Almeida Ramos em nenhum ato de gestão, não pode lhe ser imputada responsabilidade tributária, devendo ser retirada da condição de Coobrigada.

Com relação a exclusão das notas fiscais com pagamentos efetivamente comprovados acompanhou a fundamentação da Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão.

O presente lançamento trata da imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, em razão do aproveitamento de créditos de imposto provenientes do uso dos documentos fiscais declarados ideologicamente falsos pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, mediante Ato Declaratório n.º 12.186.210.007435, publicado no Diário Oficial de Minas Gerais de 20 de agosto de 2013.

Quanto ao mérito alega a Autuada, em síntese, que o lançamento contraria o princípio da não cumulatividade insculpido na Constituição Federal e que as operações efetivamente se realizaram tendo ocorrido a circulação física, econômica e jurídica da mercadoria constante das notas fiscais cujo crédito o Fisco pretende estornar.

Já a Fiscalização alega que os documentos que supostamente teriam sido emitidos pela fornecedora da Autuada foram declarados ideologicamente falsos nos termos do art. 39, inciso I, alínea "a" e § 4º da Lei n.º 6.763/75. Portanto, ela não faz jus ao creditamento do tributo.

Contudo, em que pesem as alegações da Fiscalização, o lançamento não merece prosperar em parte, pois há provas nos autos que conduzem ao entendimento de que as operações descritas nos documentos fiscais questionados ocorreram.

O ato declaratório por meio do qual foi declarada a falsidade dos documentos fiscais cujo crédito pretende se estornar por meio do lançamento em discussão foi publicado no Diário Oficial do Estado – “Minas Gerais”. Há, nos presentes autos, cópia da tela extraída do SICAF a eles relativa.

Pelos documentos relativos ao ato declaratório é possível verificar que a Autuada à época das operações comerciais tinha as informações da empresa como em regular funcionamento. Acrescente-se que o próprio Fisco, para detectar tal irregularidade, levou algum tempo e teve dificuldades, pois o ato declaratório tem, data posterior à emissão da nota fiscal constante do presente processo.

Cumprido destacar que esta decisão minoritária acompanha o entendimento segundo o qual os atos declaratórios apenas tornam público um vício preexistente. No entanto, a própria emissão dos atos atesta que nem mesmo a Fazenda Pública Estadual tinha conhecimento anterior dos vícios que os documentos continham.

Também é importante reconhecer que o ato declaratório de inidoneidade ou falsidade, via de regra, decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, providenciado nos termos do art. 1º da Resolução n.º 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas no art. 3º da referida Resolução.

São pacíficos na doutrina os seus efeitos “ex tunc”, pois não é o ato em si que impregna os documentos de inidoneidade ou falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões.

O ato declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo no Diário Oficial do Estado, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

A par destas considerações aplicáveis genericamente à matéria sob exame o julgador não pode se furtar a uma análise quanto a efetividade das operações comerciais referentes às notas fiscais declaradas ou falsas/ideologicamente falsas.

Neste ponto reside a divergência de posicionamento constante deste voto. Para o Fisco Mineiro, o aproveitamento de crédito não se justifica, se o imposto, por qualquer razão, deixou de ser recolhido, na origem. E, declarada a inidoneidade da nota fiscal, presume-se não ter havido recolhimento do tributo referente à operação, devendo aquele que se beneficia do ato, para desfazer a presunção, provar sua existência.

Ambos, tanto o Fisco como a decisão majoritária, amparam-se no dispositivo regulamentar mineiro que determina que tais créditos, decorrentes de documentos falsos ou ideologicamente falsos, só podem ser aproveitados na hipótese de se comprovar o recolhimento do imposto, na origem, nos termos do inciso V do art. 70 do Regulamento do ICMS/MG.

Entretanto, há de ficar clara a dificuldade, quase impossibilidade, presente neste ordenamento. Mesmo sob a análise jurídica esta situação não se altera, uma vez que não há como se exigir que o contribuinte mineiro seja detentor da documentação fiscal de outros contribuintes. Por estes fatos verificasse o esvaziamento do conteúdo da norma legal.

Repita-se pela importância que, economicamente, o ICMS pelas suas próprias características, é transferido para o adquirente. Assim, realizada a operação e quitada a dívida, cessam as responsabilidades do adquirente quanto a esta etapa comercial. A falta de repasse do imposto, ao Estado, pelo vendedor/emittente, não pode ser imputada à compradora. Esta característica leva alguns a denominar o ICMS de “imposto indireto”, denominação dada àqueles tributos onde o contribuinte de fato é o adquirente da mercadoria, sendo o remetente considerado contribuinte de direito, ou seja, aquele que é responsável pelo recolhimento ao Estado.

A não cumulatividade do ICMS faz nascer para os contribuintes, quando da efetiva entrada de mercadorias em seu estabelecimento ou da aquisição de serviços tributados pelo imposto, um crédito contra o sujeito ativo.

O STJ decidiu, em sede de recurso repetitivo, que o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela irregularidade de notas fiscais emitidas pelos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fornecedores, cujos atos declaratórios de falsidade foram expedidos posteriormente à emissão dos documentos fiscais, sendo possível o aproveitamento dos créditos destacados em tais documentos fiscais, cabendo-lhe, porém, demonstrar a efetiva realização das operações.

Destaque-se que a Autuada apresentou comprovantes de pagamentos de parte das operações mercantis para as operações demonstrando a legalidade de seus atos quando do exercício da atividade empresarial.

A apresentação de cópias de cheques e extratos bancários contendo as informações sobre os pagamentos efetuados constitui-se em prova suficiente de que as operações retratadas nos documentos fiscais ocorreram.

Portanto, não há nos autos dúvidas sobre a realização de parte das operações mercantis questionadas pela Fiscalização. Ademais, as mercadorias adquiridas são compatíveis com o negócio da Autuada na forma de seu contrato social. Como ressaltado linhas atrás, a doutrina e a jurisprudência têm acatado a chamada “teoria da aparência”, conforme o entendimento aqui exposto que está presente em inúmeros julgados dos tribunais brasileiros.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de recurso repetitivo, pacificando assim o entendimento sobre a matéria, no sentido de que realmente o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela inidoneidade de notas fiscais emitidas pelos fornecedores, sendo possível o aproveitamento dos créditos relativos às mesmas, cabendo-lhe, porém, demonstrar a efetiva realização das operações.

Este é o entendimento do STJ e também está de acordo com a Súmula 509 do mesmo tribunal.

Assim, tendo a Autuada apresentado comprovantes de pagamento das transações que permitem concluir ser ela adquirente de boa-fé conforme o entendimento externado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mencionada, não devem ser mantidas as exigências para os casos em que restou comprovado o pagamento pela Defendente a emitente das notas fiscais cujo crédito é questionado no lançamento em análise, ainda que tais pagamentos tenham sido feitos em conjunto (mais de uma nota fiscal paga na mesma operação).

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente para excluir as exigências relativas aos documentos fiscais para os quais houve comprovação de que a Autuada quitou a operação mercantil diretamente à emitente dos documentos, e para excluir a sócia Rose Maire Almeida Ramos.

Sala das Sessões, 11 de março de 2016.

**Vander Francisco Costa
Conselheiro**