

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.179/16/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000244700-05
Impugnação: 40.010137619-43, 40.010137668-13 (Coob.), 40.010137662-44 (Coob.), 40.010137663-25 (Coob.)
Impugnante: Eurolona Fabricação e Comércio de Lonas Ltda - EPP
IE: 298762243.00-54
Carlos Giovanni Caetano de Lima (Coob.)
CPF: 560.115.126-15
Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. (Coob.)
IE: 850351684.00-71
Júlio César Morito Pimentel (Coob.)
CPF: 242.266.966-20
Proc. S. Passivo: Adriano Mendes Duarte/Outro(s), Rogério Marcos Garcia
Origem: DF/Betim

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO. Correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do CTN.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante a constatação de utilização de notas fiscais emitidas pela empresa arrolada como Coobrigada, com o intuito de simular operações praticadas por terceiros, quando na verdade eram efetivadas pela Autuada, porém sem a emissão da documentação fiscal pertinente. Corretas as exigências do ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, respectivamente, essa última adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo legal.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal (lonas “Maxilona” e Maxlona”) registradas em nome da Autuada, no período de janeiro a dezembro de 2009, apuradas mediante a constatação de utilização de notas fiscais emitidas pela empresa arrolada como Coobrigada (Gram-Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda), com o intuito de simular operações praticadas por terceiros (“Gram-Plast”), quando na verdade eram efetivadas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pela Autuada (Eurolona Fabricação e Comércio de Lonas Ltda. – EPP), sem a emissão da documentação fiscal pertinente.

As exigências fiscais referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, respectivamente, esta última adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo (máximo de duas vezes e meia o valor do ICMS apurado).

Inconformados, a empresa autuada (Eurolona Fabricação e Comércio de Lonas Ltda) e o Sr. Carlos Giovanni Cartano de Lima (sócio da empresa) interpõem, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Impugnação conjunta às fls. 746/768, requerendo, ao final, o acatamento integral de suas defesas.

Também inconformados, os Coobrigados Gram-Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. e o Sr. Júlio César Morito Pimentel (sócio da empresa) apresentam, mediante procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 825/834.

Pronunciando-se às fls. 855/872, o Fisco refuta as alegações apresentadas pela Autuada e seu sócio (Eurolona Fabricação e Comércio de Lonas Ltda. e o Sr. Carlos Giovanni Cartano de Lima), oportunidade em que requer a manutenção integral do feito fiscal.

A Impugnação apresentada pelos Coobrigados Gram-Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda e o Sr. Júlio César Morito Pimentel foi considerada intempestiva (fls. 868/869), porém sem a regular notificação dos Impugnantes sobre essa questão.

Após a diligência de fls. 889/890, os Coobrigados supracitados foram regularmente cientificados sobre a intempestividade de suas impugnações (fls. 892/895), fato que gerou as seguintes ocorrências: (i) apresentação de reclamação contra a declaração de intempestividade – fls. 898/904; (ii) “**relevação**” **tácita** da intempestividade, em função de manifestação fiscal em relação à impugnação originalmente apresentada pelo Coobrigados – fls. 921/925; (iii) juntada de novos documentos promovida pelo Fisco - fls. 926/930; (iv) notificação de todos os sujeitos passivos sobre a juntada de documentos (935/941), que não se pronunciaram sobre a matéria.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 943/976, opina, então, pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 13/09/16, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 20/09/16, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Relator), que julgava procedente o lançamento e Maria Gabriela Tomich Barbosa (Revisora), que julgava parcialmente procedente o lançamento para excluir os Coobrigados Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda e Júlio César Morito Pimentel. Pelos Coobrigados Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda e Júlio César Morito Pimentel, sustentou

oralmente o Dr. Rogério Marcos Garcia e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves.

DECISÃO

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

1. Do Mérito

1.1. Da Arguição de Decadência

Os Impugnantes arguem a decadência parcial do crédito tributário, baseando-se na regra contida no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

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

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2009, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/10, findando-se somente em 31/12/14. Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 18/12/14 e que os Sujeitos Passivos foram regularmente intimados em 24/12/14 (*Autuada e seu sócio - fls. 741*) e em 31/12/14 (*“Gram-Plast” e seu sócio - via edital, após três tentavas frustradas de intimação por AR - fls. 744/745 - verso*), verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência de decadência do direito do Fisco de promover o lançamento em apreço.

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

No presente caso, não houve pagamento integral do ICMS devido, em função de falta de emissão de documentos fiscais relativos às operações praticadas pela “Eurolona”. Inexistindo o pagamento, não há que se falar em homologação do lançamento e sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN, que foi fielmente cumprido, conforme demonstrado acima.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o relator assim se posicionou:

“OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.”

Em outra decisão (12/04/12), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade do art. 173, inciso I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 76.977/RS, com a seguinte ementa:

AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº
76.977 – RS (2011/0191109-3)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

EMENTA - TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262).

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Mesmo para aqueles que defendem a tese de que o prazo decadencial é regido pelo art. 150 do CTN, deve-se ressaltar que o caso em apreço envolve infração em que o dolo específico é elementar, hipótese em que haveria a transferência do *dies a quo* do suposto prazo decadencial que se considera estabelecido pelo retrocitado dispositivo legal, nos termos de seu § 4º, para aquele expressamente determinado pelo art. 173, inciso I do CTN, o que em nada alteraria a conclusão acima.

Portanto, rejeita-se a arguição de decadência do crédito tributário.

1.2. Da Irregularidade - Mercadoria - Saída Desacobertada

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal (lonas "Maxilona" e Maxlona") registradas em nome da Autuada, no período de janeiro a dezembro de 2009, apuradas mediante a constatação de utilização de notas fiscais emitidas pela empresa arrolada como Coobrigada (Gram-Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda), com o intuito de simular operações praticadas por terceiros ("Gram-Plast"), quando na verdade eram efetivadas pela Autuada (Eurolona Fabricação e Comércio de Lonas Ltda. – EPP), sem a emissão da documentação fiscal pertinente.

As exigências fiscais referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, respectivamente, esta última adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo legal (máximo de duas vezes e meia o valor do ICMS apurado).

Da análise do "Relatório Fiscal" (fls. 33/40), verifica-se que a farta documentação acostada aos autos pelo Fisco, comprova, inequivocamente, a acusação fiscal quanto à simulação de operações de vendas de produtos da empresa autuada ("Eurolona"), com utilização de notas fiscais de emissão da Coobrigada ("Gram-Plast"), bem como a participação direta desta empresa ("Gram-Plast") e de seu sócio no ilícito fiscal.

A documentação em questão foi subdividida em vários anexos, que serão abaixo descritos e resumidos, com o intuito demonstrar a veracidade de todas as afirmações contidas no relatório fiscal, bem como facilitar a plena compreensão da matéria em análise.

1.2.1- Do Anexo 1 do Auto de Infração – Operações com a empresa ”EMBRASIL” - (fls. 45/47):

Trata-se de operações, no valor total de R\$ 716.707,44 (setecentos e dezesseis mil, setecentos e sete reais e quarenta e quatro centavos) que teriam sido realizadas pela empresa “Gram-Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.”, no período de abril a dezembro de 2009, tendo como destinatária da mercadoria (lona marca “Maxilona”, de propriedade da Autuada) a empresa “EMBRASIL – Empresa Brasileira Distribuidora Ltda.” (Inscrição Estadual nº 546.179923.0090).

Após ser intimada pelo Fisco, a empresa “EMBRASIL” forneceu ao Fisco o relatório acostado às fls. 193/194 (Anexo 9 do AI), onde consta a numeração das placas dos veículos que teriam sido utilizados para o transporte das mercadorias até o seu estabelecimento (ou que teriam passado pela portaria de seu estabelecimento).

A primeira placa indicada, inerente às Notas Fiscais nºs 1876 e 1905, de 15/04/09 e 08/05/09, respectivamente, tem a numeração GVP-7360, veículo este de propriedade do estabelecimento autuado (“Eurolona”), no período de 05/09/08 a 11/03/10, passando a ser de propriedade de “Marciny Martins Pereira” somente a partir de 12/03/10, conforme demonstra a tela da PRODEMGE acostada às fls. 195.

A placa de numeração GVP-6020, vinculada à maioria das notas fiscais listadas no mesmo Anexo 9 (fls. 193/194), também pertencia à “Eurolona” à época dos fatos, o que pode ser observado pelo Certificado de Registro de Veículo (CRV) acostado às fls. 188 (Anexo 8.2), assim como pela tela da PRODEMGE anexada às fls. 219.

Como bem salienta o Fisco, as demais placas indicadas no relatório supracitado (“Relatório de NF de Entrada” fornecido pela “EMBRASIL” - fls. 193/194), referem-se a veículos de pequeno porte e utilitários (Saveiro, Fusca, Elba Weekend, Belina, Fiorino, dentre outros), além de um semireboque, que não possui tração própria, e até mesmo um ônibus de passageiros (fls. 195/222), que não são utilizados para o transporte de mercadorias ou possuem capacidade de transporte notoriamente inferior à carga informada nas respectivas notas fiscais.

Além disso, a documentação acostada nos Anexos 9.1 e 9.2 (fls. 224/238 e 240/253), relativa ao período de 10/07/08 a 09/05/11 (fls. 240/252), também fornecida pela empresa “EMBRASIL”, em atenção à solicitação do Fisco, reforça a acusação fiscal de que as vendas para a referida empresa eram realizadas pela “Eurolona” (Autuada), e não pela “Gram-Plast” (Coobrigada), pois indicam que as pessoas, o telefone e o fax de contato são todos vinculados à “Eurolona”, a saber:

→ Nomes de Contato/Representante:

- “Giovanni”: Refere-se ao Sr. Carlos Giovanni Caetano de Lima, sócio da empresa autuada (vide fls. 773);
- “Glayson”: Trata-se do Sr. Gleison José de Amorim, pessoa informada como vendedor da “Eurolona” em quase todas as intimações juntadas ao presente trabalho. Funcionário da empresa no período de agosto de 2008 a outubro de 2009 (Anexo 8.1 –

fls. 165/183), figurando, na sequência, no quadro societário da empresa no período de 13/07/10 a 22/03/11 e de 19/07/12 a 17/07/14 (vide declaração e alterações contratuais às fls. 315, 189/191 e 773/776).

• “Kelly”: Nome completo é “Kelly Cristina Maia”, funcionária da “Eurolona” (Departamento Financeiro), conforme demonstrado na “Listagem de Folha de Pagamento” acostada às fls. 229/238.

→ Telefone e Fax de contato de propriedade da empresa “Eurolona” (Autuada): 3533 – 0017 e 3533 – 0024.

→ Identificação do motorista responsável pelo transporte das mercadorias:

Em várias notas fiscais emitidas pela “Gram-Plast” acostadas às fls. 264/305 (Anexo 10.2), tendo como destinatária a empresa “EMBRASIL”, consta como condutor do veículo transportador, quando informado, o Sr. Paulo dos Reis Freitas Júnior, que também foi funcionário do estabelecimento autuado (“Eurolona”), no período de 01/10/08 a 29/03/10 (Anexo 10.1 – fls. 258/261).

Se não bastasse todo o acima exposto, no Anexo 17 do Auto de Infração (fls. 735/739), constam procurações outorgadas pela “Gram-Plast”, representada pelo seu sócio, Sr. Júlio César Morito Pimentel, concedendo ao Sr. Carlos Giovanni Caetano de Lima, sócio da “Eurolona”, ou à própria “Eurolona”, amplos poderes para representá-la junto à empresa “EMBRASIL”, Banco do Brasil, repartições públicas, cartórios, juntas comerciais, etc., em diversos períodos (desde 2008 – fls. 754/757).

1.2.2- Do Anexo 2 do Auto de Infração – Operações com a Empresa “TAMBASA” - (fls. 49/70):

Refere-se a supostas operações praticadas pela “Gram-Plast”, no período de janeiro a dezembro de 2009, tendo como destinatária da mercadoria (lona marca “Maxilona”, de propriedade da “Eurolona”) a empresa TAMBASA - Tecidos e Armarinhos Miguel Bartolomeu S/A, no valor total de R\$ 10.493.841,26 (valor dos produtos - operação própria), conforme demonstrado no Anexo 2 (fls. 49/70).

Após ser intimada pelo Fisco, a “TAMBASA” prestou a seguinte declaração (Anexo 8 – fls. 156):

“... Ref.: Termo de Intimação nº 01, do dia 20/05/2014-DF CONTAGEM, MG

Relativamente ao termo de intimação em epígrafe, ratificando toda a documentação apresentada na DF CONTAGEM, recepcionados na data de 09/06/2014 pela AFRE, Dra DANIELLE SANTOS LEITE BARBOSA, inclusive 'DECLARAÇÃO' e esclarecimentos conclusivos e inequívocos, como determinado no referido termo de intimação, informa que a sistemática de compras se dava por visitação, previamente agendada, do representante comercial Sr. GLEISON AMORIM, confirmado por Ordem de Compra transmitida eletronicamente, cujo transporte e respectivo custo são de responsabilidade do fornecedor

em questão e, segundo informação do setor de logística, o VEÍCULO USADO na entrega da mercadoria era o caminhão TRUCK, placa GVP 6020...” (Grifou-se.)

Como já afirmado, o Sr. Gleison José de Amorim foi funcionário da “Eurolona”, no período de agosto de 2008 a outubro de 2009 (Anexo 8.1 – fls. 165/183) e, na sequência, figurou no quadro societário da empresa, no período de 13/07/10 a 22/03/11 e de 19/07/12 a 17/07/14, conforme declaração e alterações contratuais às fls. 315, 189/191 e 773/776).

O caminhão TRUCK de placa GVP-6020, conforme enfatizado no item anterior, pertence à “Eurolona”, o que pode ser observado através do Certificado de Registro de Veículo (CRV) acostado às fls. 188, assim como pela tela da PRODEMGE anexada às fls. 219.

Além disso, da mesma forma que no item anterior, no Anexo 17 do Auto de Infração (fls. 724/739), constam procurações outorgadas pela “Gram-Plast”, representada pelo seu sócio, Sr. Júlio César Morito Pimentel, concedendo ao Sr. Carlos Giovanni Caetano de Lima, sócio da “Eurolona”, amplos poderes para representá-la junto à empresa “TAMBASA”, Banco do Brasil, repartições públicas, cartórios, juntas comerciais, etc., em diversos períodos (desde 2008 – fls. 724/725).

1.2.3- Do Anexo 3 do Auto de Infração (fls. 72/76) – Operações com Diversos Destinatários:

O Anexo 3 do Auto de Infração (fls. 72/76) refere-se a operações que teriam sido efetuadas pela empresa “Gram-Plast”, no período de janeiro a dezembro de 2009, no valor total de R\$ 1.295.695,6969 (um milhão, duzentos e noventa e cinco mil, seiscentos e noventa e cinco reais e sessenta e nove centavos), com emissão de notas fiscais contra diversos destinatários, que deram origem aos títulos de cobrança constantes no “Relatório de Análise de Risco do Cedente”, elaborado pela empresa “Banminas Finanças Ltda.” (empresa de factoring, dentre outras atividades).

Após ser intimada pelo Fisco a apresentar a documentação e os esclarecimentos abaixo indicados (Anexo 16 e 16.1 - intimações às fls. 663 e 720), a empresa “Banminas Finanças Ltda.” pronunciou-se da seguinte forma (fls. 678/679 e 721):

Respostas da “BANMINAS” (fls. 678/679)

“... 2) Demonstrar de forma clara e conclusiva todas as operações realizadas com a GRAM Plast do Brasil Ind. e Comércio de Plásticos Ltda, apresentando: contratos, recibos, faturas, duplicatas e demais documentos que servirem de lastro aos lançamentos na escrita contábil

Resposta:

Para atendimento do item acima anexamos:

- Certidão negativa estadual da empresa GRAM Plast do Brasil Ind. e Comércio de Plásticos Ltda;

- Relatório de Análise de Risco de Cedente da empresa GRAM Plast do Brasil Ind. e Comércio de Plásticos Ltda.

- Contrato de Fomento mercantil...”

Respostas da “BANMINAS” (fls. 721)

“1) Apresentar borderôs, cópias de notas fiscais, comprovantes de entrega de mercadorias (canhotos), cópias de faturas com os respectivos aceites, cópias de duplicatas liquidadas e a comprovação de forma inequívoca do pagamento ao emitente/remetente/contratante do valor da compra dos títulos, nas operações praticadas com a empresa GRAM Plast do Brasil Ind. e Comércio de Plásticos Ltda.

2) demonstrar de forma clara e conclusiva todas as operações realizadas com a Gram Plast, apresentando: contratos, recibos, faturas, duplicatas e demais documentos que serviram de lastro aos lançamentos na escrita contábil;

[...]

Resposta:

“... O contrato de fomento entre a GRAM PLAST DO BRASIL IND. E COM. DE PLÁSTICOS LTDA e a BANMINAS FINANÇAS LTDA foi apresentado a esta fiscalização e ele rege a relação comercial entre as duas partes.

[...]

Na dinâmica dos negócios, os movimentos de transferência financeira são muito ágeis e a relação entre as empresas é baseada na confiança mútua.

As empresas clientes solicitam as operações com urgência e a empresa de factoring pode atendê-la utilizando um processo menos burocrático.

Assim, os títulos negociados entre as duas empresas são enviados com muita urgência à empresa de factoring, sendo processados e os valores liberados com a mesma velocidade.

A liberação dos valores, pela empresa de factoring, é feita em dinheiro, em cheques e grande parte em pagamento de títulos e transferências para cadeia produtiva do cliente.

As operações são demonstradas com os borderaux, nele constando os recebíveis da GRAM PLAST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O documento que serve para contabilização da BANMINAS é o borderaux...”

No “Contrato de Fomento Mercantil”, que teria sido firmado entre a “Gram-Plast do Brasil Ind. e Com. de Plásticos Ltda.” (contratante/fomentada) e a “BANMINAS Fomento Mercantil Ltda.” (contratada/fomentada), consta no campo “Quadro I – Contratante – Fomentada”, como telefone de contato, o número 9881-7667, celular este, segundo informação do Fisco expressamente citada no Relatório Fiscal (vide fls. 38), não contestada pelos Impugnantes, de propriedade do Sr. Carlos Giovanni Caetano de Lima, sócio da empresa atuada (“Eurolona”).

Por outro lado, a “Certidão Negativa” relativa à empresa “Gram-Plast”, anexada pela “BANMINAS” foi a ela remetida pela empresa atuada (“EUROLONA”), o que pode ser observado através da cópia acostada às fls. 681, onde consta em seu cabeçalho a informação: “De: EUROLONA – FAX: 3135331730”.

Observe-se, ainda, que a “BANMINAS”, mesmo após duas intimações, não apresentou ao Fisco a documentação que deu ensejo aos títulos com ela negociados pela “GRAM-PLAST”, ou seja, não apresentou cópias de notas fiscais, comprovantes de entrega de mercadorias (canhotos), cópias de faturas com os respectivos aceites, cópias de duplicatas liquidadas (documentos previstos na Cláusula 3ª do “Contrato de Fomento”) e, em especial, *“a comprovação de forma inequívoca do pagamento ao emitente/remetente/contratante do valor da compra dos títulos, nas operações praticadas com a empresa Gram Plast do Brasil Ind. e Comércio de Plásticos Ltda.”*.

Ressalte-se que a “Gram-Plast” foi atuada pela falta de informações nos Arquivos Sintegra ou EFD, do período de janeiro a setembro de 2009, março de 2010, maio de 2010 a maio de 2011 e de setembro de 2011 a dezembro de 2013, através dos Autos de Infração nºs 01.000220785.91 e 01.000222029.09, cujos lançamentos foram aprovados por este E. Conselho no que diz respeito à penalidade aplicada - art. 54, XXXIV da Lei nº 6.763/75.

Segundo o Fisco, na mesma ação fiscal, a Atuada (“Gram-Plast”) deixou de entregar os documentos requisitados pelo AIAF e intimações específicas, tais como: notas fiscais de entradas Modelo 1 ou DANFE, livros fiscais e contábeis, faturas, duplicatas quitadas em instituições financeiras e prova de ter recebido o valor das vendas e ter pago o valor das aquisições.

A empresa “Eurolona” (Atuada), por sua vez, também descumpriu intimação do Fisco, uma vez que deixou de apresentar, como lhe foi solicitado (fls. 420), extrato de sua conta corrente nº 35.415-5, Agência 1228-9, do Banco do Brasil S/A, relativo ao período de 01/01/09 a 31/12/13 e a documentação comprobatória relativa à movimentação bancária nela existente, no mesmo período, tais como: borderôs, depósitos, cópias de cheques, TED, DOC, etc.

Verifica-se, portanto, que, com relação às operações listadas no Anexo 3 do Auto de Infração, o Fisco não conseguiu obter a integralidade da documentação a elas correspondente, em função de descumprimento, total ou parcial, de intimações específicas direcionadas às três empresas envolvidas – “BANMINAS”, “Gram-Plast” e “Eurolona”.

Não obstante tais fatos, mediante procedimento de circularização, o Fisco conseguiu obter informações com algumas das empresas destinatárias das mercadorias listadas no Anexo 3 (fls. 72/76), que confirmaram, uma vez mais, que a real contratante do “Contrato de Fomento Mercantil” firmado com a “BANMINAS” era a “Eurolona” (real favorecida dos valores relativos aos títulos vinculados à “BANMINAS”) e não a “Gram-Plast” (Coobrigada).

As empresas contactadas pelo Fisco foram as seguintes:

1) Renova Embalagens Ltda que após ser intimada pelo Fisco a “*apresentar pedido de compras, na falta deste, informar a pessoa ou as pessoas que realizavam as vendas*” (item “3” – fls. 433), a empresa declarou que “*não existia pedido de compra. A solicitação era, e ainda é feita por telefone, diretamente ao vendedor, que atendia pelo nome de Gleison, constante na folha da agenda de nossa compradora, cópia anexa*” (fls. 436).

Na “agenda” por ela mencionada (fls. 438), verifica-se claramente a anotação referente à “Eurolona”, com a citação do Sr. “Gleison”, fones 8785-1965 e 3533-0017.

Como já afirmado anteriormente, o telefone 3533-0017 pertence à empresa “Eurolona” e o Sr. Gleison José de Amorim foi funcionário e sócio da referida empresa (fls. 165/183, 315, 189/191 e 773/776).

Destaque-se, ainda, que, para as operações relativas às notas fiscais nºs 1895, 1978, 2064, 2269 e 2282 (fls. 453, 454, 456, 458 e 462), emitidas pela “Gram-Plast”, tendo como destinatária a empresa supracitada (“Renova Embalagens”) e que integram o Anexo 3 do AI (operações BANMINAS – vide fls. 73/74), o veículo utilizado, placa nº GVP-7360, é de propriedade da “Eurolona”, e o condutor do veículo, Sr. Paulo dos Reis Freitas Júnior, seu funcionário.

2) Ferragens Antônio Falci S/A que da mesma forma que no item anterior, a empresa Antônio Falci S/A também declarou, após intimação do Fisco (item 3 – fls. 504), que não tinha os pedidos de compras, pois “*as compras eram solicitadas ao senhor Gleison – 35330017*”, ou seja, mais uma vez, apesar da existência de notas fiscais emitidas pela “Gram-Plast” (fls. 506/515), verifica-se que as vendas eram realizadas pela empresa atuada (“Eurolona”).

3) Somapel Ltda apresentou declarações (Anexo 14 – fls. 524 e 615) informando que o transporte das mercadorias (lonas) adquiridas eram coletadas no fornecedor, por um veículo de sua propriedade (Kombi). Informa ainda que a empresa mudou sua gestão a partir de 31/05/12 e que, a partir daí o fornecedor da atual gestão é a empresa Eurolona.

O motorista que coletava as mercadorias, ainda permanece como empregado da “Somapel” e se chama João Ferreira Lopes, que firmou declaração (fls. 618) informando que durante todo o período, “*coletava as lonas em uma fábrica ao lado da Prefeitura Municipal de Ibitê*”. Perguntado se não observava que a nota fiscal que a ele era entregue não continha o mesmo endereço do local onde ocorria a coleta, alegou que sim (“o endereço citado na nota fiscal não era o mesmo de onde coletava”). Tal fato equivale dizer que as mesmas foram coletadas no estabelecimento da empresa Eurolona.

Corroborando com as demais provas, o Sr. Vinicius de Souza Braga apresentou cópia reprográfica da agenda utilizada à época (fls. 616), onde consta a indicação de que as lonas marca “Maxilona” eram adquiridas através do telefone 35330017 (telefone de propriedade da “Eurolona”), através de contato com o Sr. Gleison (funcionário da “Eurolona”).

Constam, ainda, na referida agenda, outros telefones, nomes de pessoas e endereço vinculados à “Eurolona”, a saber: “Reinaldo” (Reinaldo Aparecido Lourenço), cujo nome encontra-se registrado como empregado número 038 (fls. 619) no departamento de expedição, os telefones 35331911, 35331088, 35330017 e o FAX: 35330124, de propriedade da “Eurolona”, além da anotação do endereço ao lado da Prefeitura de Ibitiré.

Com isso, como bem salienta o Fisco, fica provado que durante todo o tempo, as vendas foram realizadas pelo Sr. Gleison, no estabelecimento da antiga “Maxilona”, que posteriormente passou a ser da “Eurolona”.

4) Casa do EPI Ltda., Comercial Multiitens Ltda., Shopping da Borracha Ltda e TGI Comércio Varejista e Serviços Automotivos Ltda

Nas Notas Fiscais nºs 582, de 03/11/10 e 613, de 18/11/10 (fls. 385 e 389), emitidas pela “Gram-Plast”, tendo como destinatária a empresa “Casa do EPI Ltda.”, constam os seguintes dados vinculados à “Eurolona”: telefone de contato nº 3533-0017, os nomes de seus funcionários “Kelly” e “Gleison”, além do e-mail eurolona@terra.com.br.

Por outro lado, nas cópias das Notas Fiscais nº 187, de 08/07/10, 189 e 190, de 09/07/10 (fls. 356, 352 e 355), emitidas pela “Gram-Plast”, com destino às empresas “Shopping da Borracha Ltda.”, “TGI Comércio Varejista e Serviços Automotivos Ltda.” e “Comercial Multiitens Ltda.”, constam, em seu cabeçalho o nome da “Eurolona” e número de seu fax: (31)3533-1730.

Além de todo o acima exposto, o Fisco trouxe aos autos outras provas subsidiárias, vinculadas a operações com outras empresas de factoring, no caso a “Joinvest” e a “Granfac”.

Às fls. 329, consta “Declaração de Recebimento – Quitação”, no valor de R\$ 66.361,20 (sessenta e seis mil, trezentos e sessenta e um reais e vinte centavos assinada pela “Eurolona” e pelo seu sócio Carlos Giovanni Caetano de Lima, referente a depósito efetuado em sua conta (conta corrente nº 35.415-5, Agência 1228-9, do Banco do Brasil S/A), depósito este efetuado pela “Joinvest Securitizadora S/A”, relativo a títulos (duplicatas) recebidos, que seriam inerentes às Notas Fiscais nºs 195 e 196 (fls. 330/331), de emissão da “Gram-Plast”, porém com duplicatas emitidas pela “Eurolona” (fls. 332).

De igual forma, à fls. 341 consta outro crédito na conta corrente da “Eurolona”, também efetuado pela “Joinvest Securitizadora S/A”, envolvendo notas fiscais emitidas pela “Gram-Plast” (vide fls. 343/351).

Ocorrência similar pode ser observada às fls. 333 e 335, onde se encontra acostada a cópia da Nota Fiscal nº 38, emitida pela “Gram-Plast”, cuja respectiva duplicata foi emitida pela “Eurolona”.

Com relação à empresa “Granfac Fomento Mercantil Ltda. ME”, o Fisco trouxe aos autos o “Contrato de Fomento Mercantil” acostado às fls. 647/652, onde consta como contratante a empresa “Gram-plast”, com citação do nome de seu sócio (Sr. Júlio Cesar Morito Pimentel), com indicação, porém, de CPF 560.115.126.15 e endereço (Rua Henrique Badaró Portugal, 42/601 – Belo Horizonte/MG) pertencentes ao Sr. Carlos Giovanni Caetano de Lima, sócio da empresa “Eurolona”.

Esclareça-se que as operações acima listadas, vinculadas à “JOINVEST” e à “GRANFAC”, não foram objeto da presente autuação, sendo utilizadas, como já afirmado, apenas como provas subsidiárias da acusação fiscal.

Conforme já afirmado, da leitura de todo o acima exposto, cujos fatos foram extraídos do “Relatório Fiscal” acostado às fls. 33/40, verifica-se que a farta documentação acostada aos autos pelo Fisco, comprova, inequivocamente, a acusação fiscal.

Como bem colocado no “Relatório Fiscal”, ocorreram, na verdade, duas simulações vinculadas entre si, a saber:

1ª) Simulação; remessas da “Gram-Plast”, com destino à “Eurolona”, de mercadorias para industrialização:

Essas supostas remessas para industrialização, tinham como objetivo lastrear as notas fiscais de saídas de lona da “Gram-Plast”, pois esta jamais teve entradas ou estoques de mercadorias em seu estabelecimento.

Observe-se que no “Relatório Fiscal” consta a informação de que *“no primeiro ano (2008), de setembro a dezembro, teria ‘ocorrido’ entrada no estabelecimento da autuada de matéria prima e produto intermediário (... Anexo 5) no valor de R\$ 1.070.172,00 ... e ‘retornado’ (... Anexo 5.1) o valor de R\$ 742.177,80 (setecentos e quarenta e dois mil, cento e setenta e sete reais e oitenta centavos). Com tais informações, fica evidente, que se o fato tivesse ocorrido a autuada mantinha em seu estabelecimento estoque de terceiros no valor R\$ 327.994,20 ... O livro razão de nº 2 do período de janeiro a dezembro de 2009, aponta a ausência de estoque inicial (Pag. 0005 – Anexo 5.2) no mês de janeiro de 2009, o que equivale dizer que as emissões de documentos fiscais não correspondem aos lançamentos da escrita comercial ou contábil”*.

Reitere-se que a “Gram-Plast” foi autuada pela falta de informações nos arquivos Sintegra ou EFD, do período de janeiro a setembro de 2009, março de 2010, maio de 2010 a maio de 2011 e de setembro de 2011 a dezembro de 2013, através dos Autos de Infração nºs 01.000220785.91 e 01.000222029.09, cujos lançamentos foram aprovados por este E. Conselho (Acórdãos nºs 21.723/14/1ª e 21.724/14/1ª).

Segundo o Fisco, na mesma ação fiscal, a Autuada (“Gram-Plast”) deixou de entregar os documentos requisitados pelo AIAF e intimações específicas, tais como: notas fiscais de entradas Modelo 1 ou DANFE, livros fiscais e contábeis, faturas,

duplicatas quitadas em instituições financeiras e prova de ter recebido o valor das vendas e ter pago o valor das aquisições, ou seja, como já afirmado, a empresa “Gram-Plast” não possui qualquer comprovação de que possuía mercadorias em estoque, que pudessem lastrear as notas fiscais de saída de sua emissão.

Além disso, o Fisco acostou aos autos (fls. 948/949), declarações das empresas “Kapôto Indústria e Comércio Ltda. – ME” e “APP Reciclagem de Plásticos Ltda.”, em que consta a informação das referidas empresas de que todo o fornecimento de matéria-prima utilizada para a fabricação de lonas era feito mediante contato direto com a “Eurolona”, através de seu sócio, Sr. Carlos Giovani.

Ressalte-se, por oportuno, que o TJ/MG, embora liminarmente tenha decidido em contrário, no mérito (no reexame necessário) acabou chancelando o bloqueio da inscrição estadual da empresa “Gram-Plast”, em função de “utilização da inscrição estadual com dolo ou fraude” (cópia da decisão às fls. 873/878).

2) 2ª Simulação: Vendas efetuadas pela “Eurolona”, utilizando-se de notas fiscais da “Gram-Plast”:

Conforme demonstrado anteriormente, em uma segunda etapa, simulava-se operações de venda da “Gram-Plast”, mediante emissão de notas fiscais dessa empresa, quanto na verdade as vendas eram realizadas pela “Eurolona”, porém sem a emissão da documentação fiscal correspondente, conforme salienta o Fisco às fls. 922/924.

Nota-se, portanto, que o feito fiscal não se baseia em presunções e indícios, como afirmado pelos Coobrigados (“Gram-Plast” e “Júlio Cesar Morito Pimentel”), e sim em provas conclusivas quanto à materialidade do ilícito narrado pelo Fisco.

De toda forma, ainda que consideradas como provas indiciárias, também conhecidas como provas indiretas, seriam legítimas as exigências fiscais relativas às operações em apreço, uma vez plenamente válido, em Direito Tributário, o uso da prova indireta, qual seja o indício e a presunção, especialmente nos casos de sonegação fiscal, como é o caso dos autos

Quanto a esse tema, serão utilizados os valiosos ensinamentos contidos no Acórdão nº 202-16.146, do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que se aplicam inteiramente ao caso em apreço, *in verbis*:

“Não se pode alegar aqui, como quer fazer a Recorrente, de que, neste caso, não se poderia utilizar dos indícios e presunções como meio de prova. É preciso lembrar que os indícios são substratos fáticos para construção de presunções, as quais, de acordo com o art. 136 do Código Civil, são meios de prova.

Gilberto de Ulhôa Canto in ‘Presunções no Direito Tributário’, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1991, páginas 3/4, ensina que:

Na presunção toma-se como sendo a verdade de todos os casos aquilo que é a verdade da generalidade dos casos iguais, em virtude de uma lei de freqüência ou de resultados conhecidos, ou em decorrência da

previsão lógica do desfecho. Porque na grande maioria das hipóteses análogas determinada situação se retrata ou define de um certo modo, passa-se a entender que desse mesmo modo serão retratadas e definidas todas as situações de igual natureza. Assim, o pressuposto lógico da formulação preventiva consiste na redução, a partir de um fato conhecido, da conseqüência já conhecida em situações verificadas no passado; dada a existência de elementos comuns, conclui-se que o resultado conhecido se repetirá. Ou, ainda, infere-se o acontecimento a partir do nexo causal lógico que o liga aos dados antecedentes .

Moacyr Amaral Santos, em 'Primeiras Linhas de Direito Processual Civil', leciona:

... prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo. A prova indireta é o resultado de um processo lógico. Na base desse processo está o fato conhecido. ... O fato conhecido, o indício, provoca uma atividade mental, por via da qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido, como causa ou efeito daquele. O resultado positivo dessa operação será uma presunção.

Paulo Celso B. Bonilha in "Da prova no Processo Administrativo Tributário", Editora Dialética, São Paulo, 1997, p. 92, diz:

Sob o critério do objeto, nós vimos que as provas dividem-se em diretas e indiretas. As primeiras fornecem ao julgador a idéia objetiva do fato probando. As indiretas ou críticas, como as denomina CARNELUTTI, referem-se a outro fato que não o probando e que com este se relaciona, chegando-se ao conhecimento do fato por provar através de trabalho de raciocínio que toma por base o fato conhecido. Trata-se, assim, de conhecimento indireto, baseado no conhecimento objetivo do fato base, "factum probatum", que leva à percepção do fato por provar ("factum probandum"), por obra do raciocínio e da experiência do julgador.

Indício é o fato conhecido ("factum probatum") do qual se parte para o desconhecido ("factum probandum") e que assim é definido por Moacyr Amaral dos Santos:

'Assim, indício, sob o aspecto jurídico, consiste no fato conhecido que, por via do raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito.' Evidencia-se, portanto, que o indício é a base objetiva do raciocínio ou atividade mental por via do qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido. Se positivo o resultado, trata-se de uma presunção.

Acrescentem-se, ainda, as palavras de Antônio da Silva Cabral in 'Processo Administrativo Fiscal', Editora Saraiva, São Paulo, 1993, página 311:

8. Valor da prova indireta. Em direito fiscal conta muito a chamada prova indireta. Conforme consta do Ac. CSRF/01-0.004, de 26-10-1979, 'A prova indireta é feita a partir de indícios que se transformam em presunções. Constitui o resultado de um processo lógico, em cuja base está um fato conhecido (indício), prova que provoca atividade mental, em persecução do fato conhecido, o qual será causa ou efeito daquele. O resultado desse raciocínio, quando positivo, constitui a presunção.' O fisco se utiliza da prova indireta, mediante indícios e presunções, sobretudo para descobrir omissões de rendimentos ou de receitas.

Maria Rita Ferragut in 'Evasão Fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e os limites de sua aplicação', Revista Dialética de Direito Tributário nº 67, Editora Dialética, São Paulo, 2001, p. 119/120, bem destaca a força probatória das presunções e indícios, bem como a imperatividade de seu uso na esfera tributária:

Por outro lado, insistimos que a preservação dos interesses públicos em causa não só requer, mas impõe, a utilização da presunção no caso de dissimulação, já que a arrecadação pública não pode ser prejudicada com a alegação de que a segurança jurídica, a legalidade, a tipicidade, dentre outros princípios, estariam sendo desrespeitados.

Dentre as possíveis acepções do termo, definimos presunção como sendo norma jurídica lato sensu, de natureza probatória (prova indiciária), que a partir da comprovação do fato diretamente provado (fato indiciário), implica juridicamente o fato indiretamente provado (fato indiciado), descriptor de evento de ocorrência fenomênica provável, e passível de refutação probatória.

É a comprovação indireta que distingue a presunção dos demais meios de prova (exceção feita ao arbitramento, que também é meio de prova indireta), e não o conhecimento ou não do evento. Com isso, não se trata de considerar que a prova direta veicula um fato conhecido, ao passo que a presunção um fato meramente presumido. Só a manifestação do evento é atingida pelo direito e, portanto, o real não tem como ser alcançado de forma objetiva: independentemente da prova ser direta ou indireta, o fato que se quer provar será ao máximo jurídica certo e

fenomênicamente provável. É a realidade impondo limites ao conhecimento.

Com base nessas premissas, entendemos que as presunções nada ‘presumem’ juridicamente, mas prescrevem o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta. Faticamente, tanto elas quanto as provas diretas (perícias, documentos, depoimentos pessoais etc.) apenas ‘presumem.’

Considera-se, pois, como plenamente aceitável em Direito Tributário, o uso da prova indireta, qual seja o indício e a presunção, especialmente nos casos de sonegação fiscal que é exatamente o caso dos autos...”

Considerando-se todo o acima exposto e diante da documentação acostada aos autos, forçosa é a conclusão de que as infrações apontadas pelo Fisco encontram-se plenamente caracterizadas.

Com relação à base de cálculo e ao ICMS exigido, a apuração seu deu da seguinte forma:

→ Das Operações com as empresas “EMBRASIL” e “TAMBASA” (Anexos 1 e 2 – fls. 45/47 e 49/70):

As bases de cálculo relativas às operações praticadas com as empresas “EMBRASIL”, IE 546.179923.00-90, e “TAMBASA”, IE 186.005742.00-87, foram apuradas com base nos arquivos SINTEGRA das referidas empresas, totalizando R\$ 716.707,44 e R\$ 10.493.841,26, respectivamente.

O ICMS foi calculado mediante a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) sobre o valor das bases de cálculo apuradas.

→ Das Operações com Empresas Diversas – Relatório “BANMINAS” (Anexo 3 – fls. 72/76):

Como o Fisco não teve acesso à íntegra da documentação relativa às operações do Anexo 3 do Auto de Infração, a apuração da base de cálculo foi efetuada com base nos valores dos títulos listados no “Relatório de Análise de Risco do Cedente”, elaborado pela empresa “Banminas Finanças Ltda.”, CNPJ 03.697660/0001-61, no valor total de R\$ 1.295.695,69 (um milhão, duzentos e noventa e cinco mil, seiscentos e noventa e cinco reais e sessenta e nove centavos).

De forma idêntica ao item anterior, o ICMS foi calculado à alíquota de 12% sobre o valor total indicado no relatório “BANMINAS” (Anexo 3 – fls. 72/76).

Observe-se que as exigências relativas aos Anexos 1, 2 e 3 do Auto de Infração não se confundem, pois no Anexo 3 inexistente qualquer exigência vinculada a operações com as empresas “EMBRASIL” e “TAMBASA”, inexistindo, portanto, qualquer possibilidade de dupla tributação (*bis in idem*), como alegado pelos Coobrigados.

Ressalte-se que o crédito tributário apurado encontra-se demonstrado no quadro acostado à fl. 43, indicado por “Anexo” do Auto de Infração (Anexos 1, 2 e 3),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

com posterior totalização no demonstrativo de fl. 40, inclusive com a indicação da parcela relativa à multa isolada exigida, capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, já adequada ao disposto no § 2º mesmo dispositivo legal (máximo de duas vezes e meia o valor do ICMS apurado).

Por outro lado, as questões de cunho constitucional levantadas pelos Impugnantes (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão objeto de análise, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, “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”.

Destaque-se, no entanto, que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que expressamente previstas na Lei nº 6.763/75.

Quanto aos Coobrigados há que se destacar que a inclusão no polo passivo da obrigação tributária da empresa “Gram-Plast” e de seu sócio, Sr. Júlio Cesar Morito Pimentel, bem como do Sr. Carlos Giovanni Caetano de Lima, sócio da empresa atuada (“Eurolona”), está respaldada no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional, *verbis*:

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.

CTN

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:

[...]

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

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 13/09/16. ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava parcialmente procedente para excluir os Coobrigados Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda e Júlio César Morito Pimentel do polo passivo da obrigação tributária. Na oportunidade, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselheira Maria Gabriela Tomich Barbosa alterou seu voto. Participou do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, a Conselheira Maria Gabriela Tomich Barbosa (Revisora).

Sala das Sessões, 20 de setembro de 2016.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente**

**Luiz Geraldo de Oliveira
Relator**

CC/CMG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	22.179/16/3 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000244700-05	
Impugnação:	40.010137619-43, 40.010137668-13 (Coob.), 40.010137662-44 (Coob.), 40.010137663-25 (Coob.)	
Impugnante:	Eurolona Fabricação e Comércio de Lonas Ltda. - EPP IE: 298762243.00-54 Carlos Giovanni Caetano de Lima (Coob.) CPF: 560.115.126-15 Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. (Coob.) IE: 850351684.00-71 Julio Cesar Morito Pimentel (Coob.) CPF: 242.266.966-20	
Proc. S. Passivo:	Adriano Mendes Duarte/Outro(s), Rogério Marcos Garcia	
Origem:	DF/Betim	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal (lonas “Maxilona” e Maxlona”, registradas em nome da “Eurolona”), no período de janeiro a dezembro de 2009, apuradas mediante a constatação de utilização de notas fiscais emitidas pela empresa arrolada como Coobrigada (Gram-Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.), com o intuito de simular operações praticadas por terceiros (“Gram-Plast”), quando na verdade eram efetivadas pela empresa Eurolona Fabricação e Comércio de Lonas Ltda. – EPP (Autuada), sem a emissão da documentação fiscal pertinente.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II. A penalidade isolada foi adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Contudo, a divergência entre este voto e a decisão majoritária não se encontra na questão do mérito propriamente dito, mas na ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores autuados em relação aos Coobrigados Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. e Júlio César Morito Pimentel, tendo em vista a data de sua intimação da constituição do crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, os Impugnantes Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. e Júlio César Morito Pimentel afirmam que todo o crédito tributário exigido pelo Fisco encontra-se atingido pelo instituto da decadência, uma vez que a efetiva ciência da lavratura do Auto de Infração ocorreu em 05 de janeiro de 2015 e as exigências são do exercício de 2009.

Cabe salientar que os fatos geradores são de 2009 e que o Fisco efetuou a intimação dos autos por dois meios: via postal, pelo qual os citados Impugnantes tiveram ciência no dia 05 de janeiro de 2015, e via edital, sendo considerada efetivada no dia 31 de dezembro de 2014 (fl. 743), nos termos do inciso III do art. 12 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Os Impugnantes Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. e Júlio César Morito Pimentel alegam que a modalidade de intimação por publicação (edital) é restrita às hipóteses previstas no § 1º do art. 10 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que não correspondem ao presente caso. Conclui, então, que se mostra inválida a intimação por edital, uma vez que não se encontra em local ignorado, incerto ou inacessível.

O Fisco afirma que, nos termos do artigo citado pela Impugnante, art. 10 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, a seguir transcrito, a modalidade de intimação (pessoal, via postal ou publicação) é definida a critério da Fazenda Pública Estadual, não havendo, portanto, nenhuma ordem a ser seguida:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 1º Quando o destinatário se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível ou ausente do território do Estado e não tiver sido intimado em seu domicílio eletrônico, ou quando não for possível a intimação por via postal, inclusive na hipótese de devolução pelo correio, a intimação será realizada mediante publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 2º É facultado ao interessado receber as intimações relativas ao PTA por meio de correio eletrônico, hipótese em que deverá deixar expressa a opção e informar o endereço, inclusive as alterações posteriores

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, o entendimento prevalecente neste Órgão é o de que a intimação por meio de publicação no órgão oficial será feita quando presente alguma das hipóteses do citado § 1º. Portanto, no presente caso, entende-se que a publicação não surtiu efeito, uma vez que o Fisco concluiu a intimação por via postal de maneira satisfatória.

Note-se que, mesmo dentro do entendimento de que o Fisco não precisa seguir uma ordem de preferência, no caso em tela houve uma escolha pela via postal, pois a intimação por esta via se efetivou em 05 de janeiro de 2015.

Além disso, o próprio Fisco considerou a data de 05 de janeiro de 2015 como a da efetiva intimação ao relevar, ainda que tacitamente, a intempestividade, em relação à impugnação originalmente apresentada pelo Coobrigados (fls. 921/925).

Ademais, o Fisco promoveu a juntada de novos documentos conforme fls. 926/930, notificando todos os sujeitos passivos sobre a juntada de documentos (fls.935/941).

Some-se, ainda, mesmo que se considere ser uma opção do Fisco a forma de intimação, no caso em tela verifica-se que a opção primeira foi feita pela intimação pessoal, acatando-se a ordem de prevalência. Isto porque a documentação juntada pelo próprio Fisco apresentada nos autos logo após o Auto de Infração dá conta de que a postagem se efetivou antes da publicação.

Acrescente-se, também, que o dia 31 de dezembro de 2014 não pode ser considerado um dia de funcionamento normal da administração tributária, pois, tradicionalmente, é decretado ponto facultativo. Veja-se o que determina o art. 13 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 neste sentido:

Art. 13. Os prazos do PTA serão contínuos, excluindo-se na contagem o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento, e só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o PTA ou deva ser praticado o ato.

§ 2º Em se tratando de intimação por meio de publicação no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, o prazo processual terá início no primeiro dia útil que se seguir ao considerado como a data da publicação.

.....(grifos não constam do original)

A regra expressa na norma processual é clara ao estabelecer o “*dia de expediente normal na repartição em que corra o PTA*”, como marco para contagem do prazo. Nesta linha, o prazo para os Coobrigados Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. e Júlio César Morito Pimentel, mesmo considerando a intimação por edital não poderia se iniciar no dia 31 de dezembro de 2014.

No caso de intimação por via postal, considera-se efetivada no momento do recebimento, ou, caso não conste do recibo a assinatura ou a data do recebimento, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

décimo primeiro dia da postagem, conforme art. 12, inciso II, alíneas "a" e "b" do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, *in verbis*:

Art. 12. As intimações dos atos do PTA serão consideradas efetivadas:

.....

II - em se tratando de intimação por via postal com aviso de recebimento:

a) na data do recebimento do documento, por qualquer pessoa, no domicílio fiscal do interessado, ou no escritório de seu representante legal ou mandatário com poderes especiais, ou no escritório de contabilidade autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais; ou

b) no 11º (décimo primeiro) dia a contar do dia em que foi postado o documento caso no recibo não conste a data de seu recebimento;

.....

No caso, pela via postal, os Impugnantes foram intimados em 05 de janeiro de 2015, data de recebimento do Auto de Infração constante no Aviso de Recebimento.

Em relação ao ICMS que não foi declarado e/ou pago, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional, *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;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Portanto, à luz do retro transcrito art. 173, o prazo para a autoridade fazer a confirmação do lançamento termina em 05 (cinco) anos contados do fato gerador, se não o fizer considera-se homologado o lançamento tacitamente; no entanto, isto não quer dizer que a Fazenda não tem direito de examinar o procedimento do contribuinte.

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período de 2009, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2015.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tendo os Impugnantes sido intimados por via postal apenas em 05 de janeiro de 2015, operou-se a decadência para o período autuado relativo ao ano de 2009 (irregularidades de saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal), em face do inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, já que o prazo para que a Fazenda Pública Estadual constituísse o crédito tributário relativo a esse exercício expirou em 31 de dezembro de 2014.

Importa registrar que este Conselho, apreciando matéria semelhante, assim se manifestou nos Acórdãos n.ºs 19.627/10/3ª e 19.628/10/3ª:

O DISPOSTO NO *CAPUT*, APARENTEMENTE AUTORIZA A FAZENDA PÚBLICA A ADOTAR A FORMA DE INTIMAÇÃO QUE MAIS LHE CONVIR, AO UTILIZAR A EXPRESSÃO "A CRITÉRIO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL".

OCORRE, NO ENTANTO, QUE O DISPOSTO NO § 1º FUNCIONA COMO REDUTOR DA AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA NO *CAPUT*, AO AFIRMAR QUE A "INTIMAÇÃO SERÁ REALIZADA MEDIANTE PUBLICAÇÃO NO ÓRGÃO OFICIAL" QUANDO O DESTINATÁRIO SE ENCONTRAR EM LOCAL IGNORADO, INCERTO OU INACESSÍVEL OU AUSENTE DO TERRITÓRIO DO ESTADO, OU QUANDO NÃO FOR POSSÍVEL A INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL, INCLUSIVE NA HIPÓTESE DE DEVOLUÇÃO PELO CORREIO.

ASSIM, RESTA CLARO QUE AS DUAS PRIMEIRAS MODALIDADES DE INTIMAÇÃO DEVEM PRECEDER A VIA DO EDITAL."

Mais recentemente o Acórdão n.º 20.668/15/2ª também consagrou a tese desenvolvida no presente voto, a saber:

CRÉDITO DE ICMS – DECADÊNCIA. VERIFICA-SE QUE, NO MOMENTO DA INTIMAÇÃO DO LANÇAMENTO CONSTANTE NO AUTO DE INFRAÇÃO ORA ANALISADO, SE ENCONTRAVA DECAÍDO O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFERENTE AOS FATOS GERADORES NELE CONSTANTES. EXTINTO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DE DECADÊNCIA, NOS TERMOS DO ART. 173, INCISO I DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, NO QUE TANGE ÀS IMPUTAÇÕES FISCAIS DE SAÍDA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL E DE APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE NOTAS FISCAIS FALSAS E INIDÔNEAS/IDEOLOGICAMENTE FALSA.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ENTREGA DE LIVRO/ DOCUMENTO FISCAL – IMPUTAÇÃO FISCAL DE FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO, REALIZADA NO EXERCÍCIO DE 2011, PARA A APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. CORRETA A EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 54, INCISO VII, ALÍNEA "A" DA LEI N.º 6.763/75.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaque-se que a decisão consubstanciada no Acórdão n.º 20.668/15/2ª foi submetida à reanálise da Câmara Especial, mas foi integralmente mantida conforme Acórdão n.º 4.435/15/CE, prevalecendo o entendimento nela expresso.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir os Coobrigados Gram - Plast do Brasil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. e Júlio César Morito Pimentel do polo passivo da obrigação tributária, tendo em vista ter se operado a decadência do direito da Fazenda Pública Estadual constituir as exigências em relação a estes.

Sala das Sessões, 20 de setembro de 2016.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira

CC/MG