

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.244/02/2^a
Impugnação: 40.010107658-83 (Coob.)
Impugnante: Augusto César de Oliveira Gama (Coob.)
Autuada: Gama & Mello Distribuidora de Materiais de Construção Ltda
Coobrigada: Comercial Minas Acabamentos Ltda
Proc. S. Passivo: Ademir Mendes de Freitas/Outra
PTA/AI: 01.000139702-49
Inscrição Estadual: 702.854433.0011(Aut.) e 702.111682.0022 (Coob)
CPF: 391.272.736-87 (Coob.)
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADOS - Correta a eleição dos Coobrigados para responderem integralmente pela obrigação tributária, o primeiro deles, a empresa Comercial Minas Acabamento Ltda, na condição de sucessora da empresa Autuada, tendo em vista o disposto no art. 121, II c/c art. 133, I, ambos do CTN e, o segundo, o Sr. Augusto César de Oliveira Gama, por força do disposto no art. 21, inciso VI, da Lei 6763/75, eis que presentes nos autos elementos que comprovam ser ele o proprietário de fato, o gestor da empresa sucessora, embora não figure como sócio legal.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL - Comprovada, nos autos, a omissão de registros, no LRE, de notas fiscais de aquisição de mercadorias, durante os exercícios de 1998 a 2000, ensejando, assim, a aplicação da MI prevista no art. 55, inciso I, da Lei 6763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL - Apuradas, mediante conclusão fiscal, saídas de mercadorias sem a emissão de notas fiscais, nos exercícios de 1999 e 2000. Procedimento técnico idôneo, previsto na legislação tributária (art. 194, V, do RICMS/96). Modificação pelo Fisco do percentual de valor agregado para o exercício de 2000, nos termos da Resolução nº 3.075/00 e exclusão dos valores lançados em duplicidade a título de despesas com serviços de comunicação, energia elétrica, serviços de transporte e material de uso e consumo. Infração parcialmente caracterizada, ensejando exigências fiscais de ICMS, MR e MI (20%). Entretanto, deve-se adequar a alíquota aplicada (18%) à alíquota média apurada em cada exercício.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre:

1) saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas nos exercícios de 1999 e 2000, mediante Conclusão Fiscal;

2) falta de registro de notas fiscais de entrada, no LRE, durante os exercícios de 1998 a 2000, ensejando a aplicação da Multa Isolada prevista no art. 55, I, da Lei 6763/75.

Parcelas exigidas: ICMS, MR (50%), MI (20% e 5%).

Inconformado, o Coobrigado Augusto César de Oliveira Gama, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, apresenta Impugnação às fls. 328/334, afirmando que deixara a sociedade em 30.01.01 e que não havia sido arrolado na sujeição passiva da obrigação tributária.

O Fisco reemite o Auto de Infração, agora lançando no pólo passivo, além da Autuada, os Coobrigados Augusto César de Oliveira Gama e Comercial Minas Acabamentos Ltda e promove alteração do crédito tributário, sendo reaberto prazo de 30 (trinta) dias para nova manifestação dos sujeitos passivos.

O Impugnante, agora em companhia da Autuada, retorna aos autos e ratifica as razões de mérito anteriormente aduzidas, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 403/406.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 410/416, opina pela procedência parcial do Lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

“Necessário examinar, de início, a alegação do Impugnante. Sr. Augusto César de Oliveira Gama, quanto a sua intimação errônea, vez que, não tendo sido arrolado como Coobrigado no AI original (fls. 08/09), a sua notificação contraria o disposto no item 2, da Instrução Normativa DCT/SRE nº 02/95.

De fato, tal equívoco ocorreu, porém a Autoridade Lançadora tratou de saná-lo, mediante a emissão de um novo Auto de Infração, no qual foram incluídos como coobrigados pelo crédito tributário, o Sr. Augusto César de Oliveira Gama, bem como a empresa sucessora da Autuada, "Comercial Minas Acabamentos Ltda", quando então fora concedido aos sujeitos passivos, novo prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do débito e/ou apresentação de Impugnação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante disso, infere-se não assistir razão ao Impugnante em requerer o cancelamento do Auto de Infração, por não restar presente qualquer vício processual capaz de acarretar a sua nulidade, já que dele constam todos os elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

DO MÉRITO

O primeiro aspecto do feito fiscal que merece exame diz respeito à responsabilização imputada aos Coobrigados.

Segundo documentos carreados aos autos (fls. 362/371), o fundo de comércio e os bens do ativo imobilizado pertencentes ao estabelecimento autuado foram vendidos à empresa Coobrigada "Comercial Minas Acabamentos Ltda".

O relatório de visita fiscal a ambas as empresas envolvidas (autuada e coobrigada), anexo às fls. 374/376, indica que a empresa "Comercial Minas Acabamentos Ltda" é a sucessora da empresa autuada "Gama e Mello", conforme declaração prestada pelo Sr. Augusto César de Oliveira Gama, ex-sócio gerente da sucedida até 30/01/01 (fls. 340/343).

Já em relação ao Sr. Augusto César de Oliveira Gama, a procuração de fls. 377, que lhe confere amplos poderes, indica não apenas o vínculo deste com a pessoa jurídica sucessora da Autuada, como também a sua interveniência em todos os negócios e atividades realizados por ela.

Segundo declaração do Sr. Augusto, a empresa autuada fora fechada devido à existência de débitos tributários junto à Fazenda Pública Estadual, alguns, inscritos em dívida ativa e, outros ainda em trâmite na fase administrativa, bem como em razão da falta de créditos junto aos seus fornecedores e que, em razão dessas circunstâncias, teria constituído a nova empresa "Comercial Minas Acabamentos Ltda", no mesmo ramo de atividade, da qual figuram como sócios, sua mãe, Hilda Rosa Gama e um amigo seu, Jean Marlos Araújo Miranda.

Diante disso, há de concluir-se correta a eleição de ambos os coobrigados no pólo passivo da obrigação tributária.

A primeira, a empresa "Comercial Minas Acabamentos Ltda", para responder pela integralidade do crédito tributário, na condição de sujeito passivo indireto, ou seja, como **responsável** pela obrigação tributária, tendo em vista o disposto no art. 121, parágrafo único, inciso II c/c art. 133, I, ambos do CTN, que assim prevê, *in verbis*:

Art. 121 - Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único - O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - **responsável**, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

(...)

Art. 133 - A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - **integralmente**, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - (...) (destacamos)

Também o segundo coobrigado, o Sr. Augusto César de Oliveira Gama, além de responder subsidiariamente pelo crédito tributário, na forma do disposto no parágrafo único, item 2, do art. 21, da Lei Estadual 6763/75, vez que resta configurado nos autos, ser ele, o sócio-gerente da empresa autuada, ao tempo da ocorrência dos fatos geradores, objeto da presente autuação, há elementos suficientes que comprovam ser ele o **proprietário de fato, o gestor** da empresa sucessora e, por isso, deve responder solidariamente pela obrigação tributária, por força do disposto no art. 124, II do CTN c/c art. 21, VI da Lei 6763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

VI - o representante, o mandatário, o gestor de negócios, em relação às operações realizadas por seu intermédio;

Ao que se vê, a lei mineira, em sintonia com o disposto no art. 124, II do CTN, cuidou de assegurar que o mandatário ou o gestor de negócios, em mesmo grau que a pessoa jurídica, contribuinte originário, fosse responsabilizado pela obrigação tributária, em sua totalidade.

Isso posto, afigura-se correta a eleição de ambos os coobrigados no pólo passivo da obrigação tributária.

Quanto ao mérito propriamente dito, a primeira acusação consiste na falta de registro, no LRE, de notas fiscais de aquisição de mercadorias, nos exercícios de 1998 a 2000, conforme demonstram as planilhas de fls. 14 e 33/35.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A irregularidade não é negada pelo Impugnante, sendo que o dito Livro, cujas cópias foram apensadas às fls. 192/320, constitui prova da infração, quando comparados os dados nele lançados com as cópias das notas fiscais, anexas às fls. 15/26 e 36/190, justificando, pois, a exigência da penalidade de 5% (cinco por cento), prevista no art. 55, I, da Lei 6763/75.

A segunda acusação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante Conclusão Fiscal.

O procedimento adotado pelo Fisco constitui técnica de fiscalização idônea para apuração das operações realizadas pelo contribuinte, prevista na legislação tributária (art. 194, V, da Parte Geral do RICMS/96).

De notar-se que todos os dados lançados na Conclusão Fiscal, à exceção apenas das entradas não registradas, foram fornecidos pela própria Autuada, extraídos dos seus Livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas e, no tocante ao estoque inicial, estoque final e às despesas anuais, retirados dos valores declarados nas DAMEFs de 1999 e 2000 (fls. 27/28).

Embora o Fisco não tenha trazido aos autos as cópias do Livro de Registro de Saídas, consultas efetuadas ao SICAF, através dos DAPIs, permitem conferir a autenticidade dos valores lançados na "Conclusão Fiscal".

Cumprir assinalar que apenas os valores referentes às notas fiscais sem registro, relacionadas às fls. 14 foram levados à Conclusão Fiscal para agregarem às entradas do período; sobre as operações não registradas, listadas às fls. 33/35, cobrou-se tão-somente a Multa Isolada, pela falta de registro, por tratar-se de mercadorias cujo imposto fora retido por substituição tributária.

Relativamente à margem de lucro adotada pelo Fisco, decorre de disposição inserida na legislação tributária: para os exercício de 1999, **17,72%**, em obediência à previsão regulamentar vigente ao tempo dos fatos, expressa no Quadro III, do Anexo X, do RICMS/96, aplicável ao comércio de material de construção civil em geral (fl. 29); para o exercício de 2000, o percentual de **14,18%**, fixado no art. 1º, subitem 41.6 da Resolução nº 3075 de 01/01/00.”¹

Destarte, considerando que na Conclusão Fiscal foram apurados valores de "**Saídas Registradas**" inferiores ao total da "**Receita Bruta**" do período fiscalizado, assim entendida como o somatório do **CMV + despesas + margem de lucro**, legítima se mostra a cobrança do ICMS sobre a diferença apontada, acrescida da Multa de Revalidação e Multa Isolada de 20% (vinte por cento), prevista no art. 55, II, "a" da Lei 6763/75.

¹ Parecer da Auditoria Fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Insta destacar que o Fisco, na elaboração da conclusão fiscal, utilizou-se apenas dos estoques, entradas e saídas de mercadorias tributadas.

Entretanto, a alíquota adotada pelo Fisco (18%), não guarda propriedade com a apuração do imposto pela Autuada, uma vez que, pelos demonstrativos entregues no período, constata-se a saída de mercadorias para outras unidades da Federação, bem como possível saída de mercadoria com carga tributária reduzida.

Desta forma, deve-se adotar a alíquota média praticada pela Autuada nos exercícios fiscalizados, apurada conforme indicado a seguir:

Exercício	Saídas tributadas	Valor do imposto debitado	Alíquota média
1999	716.707,08	104.720,23	14,61
2000	527.738,37	77.282,91	14,64

Desta forma, considerada a reformulação de fls. 389/390, o ICMS/MR devidos passa a ser o seguinte:

Código	Descrição	Exercício	Base de cálculo	Alíquota	Valor
322-8	ICMS	1999	322.464,60	14,61	47.112,04
522-3	MR	1999	47.112,04	50%	23.556,02
322-8	ICMS	2000	125.936,16	14,64	18.437,05
522-3	MR	2000	18.437,05	50%	9.218,52

As Multas Isoladas (20% e 5%) permanecem inalteradas conforme demonstrativos lançados às fls. 389/390.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para considerar a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco (fls. 389/393) e ainda, adequar a alíquota aplicada à alíquota média apurada em cada exercício. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sala das Sessões, 27/11/02.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora**

**Roberto Nogueira Lima
Relator**

MG

CC/MIG