

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.872/10/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000160024-56
Impugnação: 40.010124817-93, 40.010124823-74 (Coob.), 40.010124822-93 (Coob.), 40.010124820-30 (Coob.), 40.010124821-11 (Coob.)
Impugnante: Maria Rodrigues Pires
IE: 702125160.00-35
Angélica Tavares de Barros Pires - ME (Coob.)
IE: 001079732.00-32
João Batista Pires (Coob.)
CPF: 273.123.216-15
Maria Madalena Pires (Coob.)
IE: 702285406.00-68
Samuel Messias Pires (Coob.)
CPF: 539.306.066-15
Proc. S. Passivo: Antônio Chaves Neto (Aut. e Coob.)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – MANUTENÇÃO NO POLO PASSIVO. Correta a eleição para o polo passivo da obrigação tributária dos Coobrigados conforme art. 21, inc. XII c/c o § 2º, incs. I e II da Lei nº 6763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. Constatou-se através de conclusão fiscal, procedimento previsto no art. 194, inc. V do RICMS/02, que a Autuada deu saída a mercadorias sem o devido acobertamento fiscal. Procedimento fiscal levado a efeito ante a comprovada falta de registro de notas fiscais de entrada no livro próprio. Exigências de ICMS e multa de revalidação (somente em relação ao exercício de 2004) e Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II, majorada em 50% (cinquenta por cento) face à constatação de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Excluídas as exigências relativas aos exercícios de 2005 a 2008, por ter sido recolhido o ICMS pelas entradas, não sendo possível a conclusão de saídas desacobertadas. Excluída, também, a majoração da multa isolada por reincidência, uma vez que esta só foi constatada para o Autuado, não sendo possível estendê-la aos Coobrigados.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – ESTOQUE. Constatou-se a falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária sobre as mercadorias

existentes no estoque em 31/12/04, nos termos do art. 7º do Decreto nº 43.923/04 e Resolução nº 3.608/04. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – DESTINATÁRIO DIVERSO. Constatou-se, mediante análise dos documentos fiscais, a aquisição de mercadorias para estabelecimento situado neste Estado, com a utilização de notas fiscais destinadas a contribuinte estabelecido em outra Unidade da Federação, sem o recolhimento do imposto devido por substituição tributária, quando da entrada em território mineiro. Infração caracterizada nos termos do disposto nos arts. 14 e 46, inciso II do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências do ICMS/ST, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. V, ambos da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatou-se, mediante análise dos livros e documentos fiscais, a aquisição de mercadorias de contribuintes estabelecidos em outras Unidades da Federação, sem o recolhimento ou com recolhimento a menor do imposto devido por substituição tributária, quando a responsabilidade não era atribuída ao alienante ou remetente da mercadoria, ou quando o alienante ou o remetente efetuou retenção a menor. Infração caracterizada nos termos dos arts. 14, 15 e 46, inc. II do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências do ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS - Constatou-se a falta de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadorias no livro Registro de Entradas. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inc. VI da Lei 6763/75. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I e alínea “b” da mesma lei.

Lançamento parcialmente procedentes. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a constatação de que o Autuado, durante os exercícios de 2004 a 2008, praticou as seguintes irregularidades:

1 - deixou de escriturar diversas notas fiscais de entradas no livro Registro de Entradas (LRE), nos exercícios de 2004 a 2008, conforme relacionadas em anexos do Auto de Infração – AI -, pelo que se exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. I da Lei nº 6.763/75, sendo que para as notas fiscais com o ICMS/ST já recolhido ou destacado, a penalidade foi aplicada conforme previsto na alínea “b” do mesmo dispositivo legal;

2 - deixou de recolher o ICMS devido por substituição tributária (ST) relativo às subsequentes operações com mercadorias (materiais de construção) relacionadas no Anexo IX do RICMS/02, existentes no estoque do estabelecimento em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

31/12/04, nos termos do art. 7º do Decreto nº 43.923/04 e Resolução nº 3.608/04, pelo que se exige ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75;

3 - promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, nos exercícios de 2004 a 2008, apuradas através de conclusão fiscal, deixando de recolher o ICMS devido nas operações realizadas em 2004 pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última majorada em 50% (cinquenta por cento) pela constatação de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da mesma lei. Nos exercícios de 2005 a 2008 o ICMS passou a ser recolhido antecipadamente por substituição tributária, sendo exigida apenas a já citada multa isolada;

4 - promoveu entradas de mercadorias no estabelecimento, nos exercícios de 2005 a 2007, utilizando-se de notas fiscais de entradas consignando destinatário diverso daquele a quem as mercadorias realmente se destinavam, deixando de recolher o ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais em operação interestadual, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não era atribuída ao alienante ou remetente da mercadoria, pelo que se exige ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. V, ambos da Lei nº 6.763/75;

5 - deixou de recolher o ICMS/ST devido em operação interestadual, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, no período de 2005 a 2008, quando a responsabilidade não era atribuída ao alienante ou ao remetente da mercadoria, pelo que se exige ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75;

6 - deixou de recolher o ICMS/ST complementar devido em operações de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, nos exercícios de 2005 a 2008, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, efetuou retenção a menor do ICMS/ST, pelo que se exige ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II, da Lei nº 6.763/75.

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 02/03); Termo de Apreensão e Depósito – TAD nº 029.350 (fls. 04); Ordem de Serviço (fls. 05); 1ª via de nota fiscal do Contribuinte Maria Madalena Pires inutilizada para efeitos de fiscalização (fls. 06); Auto de Deslacração (fls. 07); relação de documentos apreendidos pelo TAD nº 029.350 (fls. 08); cópia de procuração do Autuado para Samuel Messias Pires, Coobrigado (fls. 09); declaração do Autuado e Coobrigados de que não estão obrigados à escrituração dos livros Diário e Razão (fls. 11/14); Auto de Infração – AI (fls. 15/17); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 18/20); Relatório Fiscal (fls. 21/51); Termos de coletas de declarações do Autuado e dos Coobrigados (fls. 53/68); Auto de Diligência (fls. 70); telas SICAF “Consulta Bloqueio” dos Coobrigados (fls. 71/72); telas SICAF “Consulta de Dados Cadastrais” do Autuado e Coobrigados (fls. 73/75); fotografias do estabelecimento do Autuado (fls. 76/ 93); cópias de guias de IPTU, de ofícios a cartórios de registro de imóveis e respostas destes com cópias de matrículas de imóveis em nome dos Coobrigados Samuel Messias Pires, Maria Madalena Pires e João Batista

Pires (fls. 94/110); comprovação de reincidência na penalidade prevista no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75 (fls. 112/113); cópia dos livros Registro de Entradas, de Saídas e de Inventário do Autuado (fls. 115/324); cópia do livro Registro de Entradas, de Saídas e de Inventário do Coobrigado Maria Madalena Pires (fls. 326/514); cópia do livro Registro de Entradas, de Saídas e de Inventário do Coobrigado Angélica Tavares de Barros Pires (fls. 516/529); recolhimentos efetuados pelo Autuado (fls. 531/534); recolhimentos efetuados pelo Coobrigado Maria Madalena Pires (fls. 536/539); recolhimentos efetuados pelo Coobrigado Angélica Tavares de Barros Pires (fls. 541/544); Notas Fiscais de Entradas, sem registro no LRE, destinadas ao Autuado, em 2004 (fls. 546/580); Planilha elaborada para calcular o valor das notas sem escrituração no LRE de 2004 do Autuado (fls. 582); Notas Fiscais de Entradas, sem registro no LRE, destinadas ao Coobrigado Maria Madalena Pires em 2004 (fls. 584); Planilha elaborada para calcular o valor das notas sem escrituração no LRE de 2004 do Coobrigado Maria Madalena Pires (fls. 586); planilha elaborada para calcular o preço médio de entrada, em 2004, dos pisos adquiridos pelo Autuado e pelo Coobrigado Maria Madalena Pires (fls. 588); notas fiscais de saídas utilizadas para calcular o preço médio, em 2004, dos pisos vendidos pelo Autuado e pelo Coobrigado Maria Madalena Pires (fls. 590/814); planilha elaborada para calcular o preço médio de saída, em 2004, dos pisos vendidos pelo Autuado e pelo Coobrigado Maria Madalena Pires (fls. 816/822); Conclusão Fiscal do exercício de 2004 (fls. 824); documentos e planilhas elaboradas para calcular o preço do serviço de transporte para os exercícios de 2005 a 2008 (fls. 826/862); documentos e planilhas referentes aos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008, iguais aos mesmos acima listados para o exercício de 2004 (fls. 864/2.765).

Da Impugnação

Inconformados, o Autuado e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação em conjunto às fls. 2.767/2.808, anexando os documentos de fls. 2.809/2.861, onde alegam sinteticamente, que:

- deve ser declarada a nulidade do presente AI e de todas as provas produzidas a partir de sua lavratura tendo em vista que a apreensão de documentos no seu escritório ocorreu sem autorização judicial, em desrespeito ao inc. XI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que dispõe sobre a inviolabilidade domiciliar que, numa extensão conceitual mais larga, abrange o local onde se exerce a profissão ou atividade;

- o Fisco utilizou de maneira excessiva e desnecessária de força policial, com a finalidade de intimidar e prejudicar os Autuados. Embora o disposto no art. 200 do CTN se aplique ao Fisco estadual, este não poderá presumir que o contribuinte criará um óbice à fiscalização e assim não pode requisitar previamente o auxílio de força policial para intimidar o contribuinte e causar ao mesmo tempo um temor e uma desconfiança por parte do público em relação ao estabelecimento fiscalizado.

Sustentam a ilegitimidade passiva dos coobrigados Samuel Messias Pires e João Batista Pires com a tese de que os administradores não podem ser responsabilizados pela simples inadimplência de tributos que foram gerados pela pessoa jurídica em suas operações regulares e legais. Para tanto, citam os arts. 129 a 135 do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTN e o Embargo de Divergência no Recurso Especial ERESP 174532/PR, decisão de 18/06/01.

Advogam que o não enfrentamento da constitucionalidade da lei pela autoridade administrativa e pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais consiste no cerceamento da defesa, a qual deixa de ser ampla no processo administrativo tributário.

Defendem que a Constituição Federal no inc. IV do art. 145 vedou a utilização de tributos com efeitos de confisco e citam os seguintes princípios constitucionais aplicáveis princípio da garantia à propriedade privada de bens corpóreos e incorpóreos: princípio da capacidade contributiva, princípio do mínimo vital e o princípio da proporcionalidade. Neste sentido entendem ser desproporcional o valor da multa isolada comparada como valor exigido a título de ICMS.

Consideram indevida a exigência da taxa SELIC como juros de mora, pois a taxa SELIC possui natureza remuneratória e não pode ser empregada como juros de mora, que tem natureza de indenização, face à inexistência de lei que a tenha instituído para esse fim. Entendem que o Estado deveria substituir a taxa SELIC pelo disposto no §1º do art. 161 do CTN que prescreve que os juros de mora serão de 1% ao mês, se a lei não dispuser em contrário.

Requerem a nulidade da autuação de infração, em preliminar, pela afronta à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar. Caso não seja acatada a preliminar, solicitam a exclusão do polo passivo dos coobrigados Samuel Messias Pires e João Batista Pires por ausência de base fática e legal que lhes atribua a responsabilidade solidária pelos créditos tributários. Outrossim, se ultrapassadas as preliminares, que o auto de infração seja declarado nulo pela existência de multa confiscatória, o que contradiz o dispositivo constitucional do artigo 150, IV. Requerem declaração de inexigibilidade da taxa SELIC como índice de correção de créditos tributários e que seja aplicado o índice de correção para juros de mora prescrito pelo CTN. Por fim, requerem a produção de todos os meios de prova admitidos no processo administrativo, notadamente a juntada de novos documentos, eventual perícia contábil e outras que se fizerem necessárias.

Da Reformulação do Crédito Tributário

O próprio Fisco percebeu erro na adequação da Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75, relativa ao exercício de 2008, que, nos termos do § 2º do artigo 55 da mesma lei, ficou limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% do valor da operação. O engano foi provocado pela vigência do Decreto nº 44.454/08, com efeitos a partir de 27/03/08 que alterou a alíquota de ICMS dos produtos vendidos pelo contribuinte de 18% para 12%. Desse modo, o Fisco reformulou o crédito tributário, conforme demonstrado às fls. 2.868/2.872.

Às fls. 2.873/2.874 os Impugnantes foram comunicados da reformulação e se manifestam às fls. 2.876/2.877 onde ratificam a impugnação anterior, não questionando e nem acrescentando nenhum fato novo.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 2.879/2.893, que foi utilizada para o parecer da Assessoria do CC/MG e, em parte, pela Câmara para sustentar sua decisão, refuta as alegações da defesa, solicitando a rejeição, em preliminar, do pedido de nulidade do AI e, quanto ao mérito, a procedência parcial do lançamento, conforme reformulação.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG decide retornar os autos à origem, para que o Fisco tome as medidas necessárias no sentido de: 1) juntar aos autos todas as intimações mencionadas nas declarações constantes às fls. 53/65 do PTA, ou seja, anexar as intimações que convocaram os Sujeitos Passivos a comparecerem à Delegacia Fiscal para esclarecerem dúvidas surgidas durante o desenvolvimento da ação fiscal e 2) esclarecer se antes da lavratura do presente Auto de Infração foram observadas as medidas estabelecidas no art. 83 do RPTA/MG, anexando os documentos comprobatórios, ou, caso contrário, justificar a não aplicação do dispositivo legal mencionado.

O Fisco se manifesta às fls. 2.902/2.909. Quanto à falta das intimações mencionadas nas declarações de fls. 53/56, informa que intimou os Sujeitos Passivos a comparecerem à Delegacia Fiscal para esclarecerem dúvidas surgidas durante o desenvolvimento da ação fiscal por telefone, de maneira informal.

Acrescenta que, conforme se verifica nos “Termos de Coletas de Declarações”, fls. 53/65, os Sujeitos Passivos atenderam a todas as intimações, mesmo de forma informal via telefonema, e compareceram à Delegacia Fiscal de Uberlândia de livre e espontânea vontade. Desta forma, entende que se deixou de cumprir alguma formalidade legal ou cometeu algum vício na intimação dos Sujeitos Passivos, isto foi sanado com o comparecimento dos mesmos de forma espontânea e com as suas assinaturas nos Termos de Coletas de Declarações.

Sobre as observações das medidas estabelecidas no art. 83 do RPTA/MG, sustenta que existe nos autos a comprovação de atos dolosos, com fraude e simulação dos Sujeitos Passivos. Historia todos os procedimentos adotados e documentos coletados, informando que, como as inscrições estaduais das empresas Maria Madalena Pires e Angélica Tavares de Barros Pires foram canceladas de ofício pela SEF/MG, pelo motivo de inscrição estadual utilizada com dolo ou fraude, ato este que não foi contestado pelos contribuintes, não haveria a necessidade da desconsideração do negócio jurídico a que alude o art. 83 do RPTA/MG. Além disso, todos os atos comprovados nos autos foram realizados com simulação o que, por si só, afasta a necessidade de se cumprir as formalidades previstas no art. 83 do RPTA/MG.

Conclui que, pela verdade material relativa à existência de somente uma empresa no estabelecimento dos sujeitos passivos, comprovada através de diligências e esclarecimentos dos sócios, pelos comprovados atos praticados com dolo, fraude e simulação e pela aplicação imediata do inc. VII do art. 149 do CTN, não aplicou o dispositivo legal regulamentado no art. 83 do RPTA/MG.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em bem fundamentado parecer de fls. 2.911/2.928, que foi adotado, em parte, para a decisão, acompanha os fundamentos da manifestação fiscal e opina, em preliminar, pelo não acolhimento da prefacial de nulidade do AI. Quanto ao mérito, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuado pelo Fisco às fls. 2.868/2.872

DECISÃO

Os fundamentos expostos nas bem fundamentadas manifestações do Fisco de fls. 2.879/2.893 e 2.902/2.909, bem como no parecer da Assessoria do CC/MG de fls. 2.911/2.928 foram os mesmos utilizados, em parte, pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Das Preliminares

Nulidade do AI - Documentos apreendidos sem autorização judicial

Os Impugnantes arguem a nulidade do Auto de Infração e de todas as provas produzidas a partir de sua lavratura, alegando que a apreensão de documentos no escritório da empresa ocorreu sem autorização judicial. Citam o inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre a inviolabilidade domiciliar, entendendo que o termo domicílio abrange o local onde se exerce a profissão ou atividade, incluindo o estabelecimento comercial.

Ocorre que esta extensão conceitual não encontra amparo na legislação tributária pertinente à matéria, como será demonstrado.

A autorização legal para o Fisco realizar a busca e apreensão de livros, documentos e mercadorias está regulamentada pelo Código Tributário Nacional (CTN), nos arts. 195 e 196:

Art. 195 - Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Art. 196 - A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

No mesmo sentido, a legislação mineira também trata da questão, conforme dispõe a Lei nº 6.763/75:

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

(...)

§ 3º - Para os efeitos da legislação tributária, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº. 13.515, de 7 de abril de 2000, não tem aplicação qualquer disposição legal excludente ou limitativa:

I - do direito de examinar mercadoria, livro, arquivo, documento, papel, meio eletrônico, com efeitos comerciais ou fiscais, dos contribuintes do imposto, ou da obrigação destes de exibí-los;

II - do acesso do funcionário fiscal a local onde deva ser exercida a fiscalização do imposto, condicionada à apresentação de identidade funcional, sem qualquer outra formalidade.

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

A única exceção ao livre direito da Fiscalização proceder à apreensão de documentos e mercadorias ocorre quando estes não estejam em dependência de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional, ou quando o local também seja utilizado como moradia, de acordo com o estabelecido no art. 44 da Lei nº 6.763/75:

Art. 44 - Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

Parágrafo único - A busca e a apreensão de que trata o caput deste artigo também dependerá de autorização judicial quando o estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional for utilizado como moradia.

Depreende-se dos dispositivos legais acima transcritos, que a legislação tributária autoriza a apreensão de mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e

efeitos comerciais ou fiscais, quando realizada em estabelecimento comercial, sendo, portanto, desnecessária a autorização judicial para proceder a busca e apreensão durante o horário comercial.

Nesse sentido, foi realizada diligência no estabelecimento do Contribuinte com o objetivo de verificar se realmente eram utilizadas notas fiscais de entrada consignando destinatário diverso daquele a quem realmente se destinava. Para tanto o Fisco vistoriou os arquivos e documentos do contribuinte conforme estabelecido na lei.

Como se verifica por meio da análise das fotos feitas durante a diligência fiscal (fls. 69/110), o estabelecimento onde o Fisco realizou a apreensão dos documentos é exclusivamente comercial.

Por outro lado, constata-se no TAD (Termo de Apreensão e Depósito) nº 029350 (fls. 4) que o horário da operação fiscal de busca e apreensão é compatível com o horário comercial, pois ocorreu por volta das dez horas da manhã.

Desta forma, incabível a preliminar arguida, não se vislumbrando qualquer ilegalidade na apreensão ou nulidade no lançamento fiscal.

Nulidade do AI – Utilização excessiva de força policial

Os Impugnantes também argumentam que o Auto de Infração seria nulo, porque a Fiscalização teria utilizado de maneira excessiva e desnecessária de força policial, com a finalidade de intimidar e prejudicar os autuados.

No entanto, não assiste razão à defesa, haja vista que a finalidade da companhia de policiais militares nas diligências fiscais, operações especiais, trabalhos de fiscalização de mercadorias em trânsito, dentre outros tipos de fiscalização, é dar segurança à integridade física dos auditores fiscais e garantir que o trabalho não seja embaraçado pelo contribuinte no momento da ação fiscal.

Visando a garantia da realização dos trabalhos sem a ocorrência de embaraços por parte dos contribuintes, ou para que o agente fiscal não fosse desacatado ou impedido de realizar os procedimentos de fiscalização de rotina, o CTN procurou estabelecer garantias aos agentes do Fisco, dispondo em seu art. 200:

Art. 200 - As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação dê medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.

A legislação tributária estadual também tratou da matéria, de acordo com o que dispõe o art. 192 do RICMS/02:

Art. 192 - O funcionário fiscal requisitará o concurso da Polícia Militar ou Civil, quando vítima de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desta forma, diante da apuração de indícios da prática de irregularidades graves por parte dos Autuados (utilização de notas fiscais de entrada destinadas a terceiros e existência de vários estabelecimentos funcionando no mesmo endereço), o Fisco realizou a operação com o apoio da Polícia Militar, apenas visando a garantia da integridade física dos auditores fiscais e o bom andamento dos trabalhos da Fiscalização.

Registre-se que este é um recurso legítimo, usual e de caráter preventivo, com vistas a se evitar possíveis embaraços durante a operação, garantindo que o trabalho fiscal seja realizado na forma e nos termos da legislação tributária e do interesse público e social.

Nesse sentido, deve ser afastada a arguição de nulidade do lançamento, uma vez que não se encontra presente a alegada ilegalidade ou vício no desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização.

Do Mérito

Conforme relatado anteriormente, a autuação versa sobre a constatação de falta de escrituração de notas fiscais de entradas no LRE; falta de recolhimento do ICMS devido por ST sobre as mercadorias em estoque no estabelecimento em 31/12/04; saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas por meio de conclusão fiscal; entradas de mercadorias no estabelecimento com utilização de notas fiscais consignando destinatário diverso; falta de recolhimento do ICMS/ST devido em operação interestadual, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, bem como, falta de recolhimento do ICMS/ST complementar devido em operações de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, quando o alienante ou o remetente efetuou retenção a menor do imposto.

O Auto de Infração é composto pelo Relatório Fiscal de fls. 21/51 e por 70 (setenta) anexos (fls. 52 e seguintes), nos quais são detalhadas e demonstradas as irregularidades constatadas e os valores do crédito tributário exigido.

O trabalho fiscal teve início em ação da fiscalização realizada no estabelecimento do Sujeito Passivo supracitado, em 21/11/08, dando cumprimento a ordem de serviço nº 08.080002518-39, ocasião em que foram apreendidos diversos documentos, conforme TAD n.º 029.350 (fls. 4).

Estes documentos foram examinados e relacionados detalhadamente no mesmo dia, na presença do procurador da empresa, Sr. Samuel Messias Pires, na Delegacia Fiscal de Uberlândia, de acordo com o Termo de Deslacração às fls. 07/08.

Após análise dos documentos apreendidos ficou constatado que no mesmo endereço do estabelecimento existiam três inscrições estaduais ativas e com a mesma atividade econômica, qual seja, comércio varejista de materiais de construção, de modo especial a comercialização de pisos e revestimentos para construção civil.

Além da inscrição estadual do sujeito passivo “principal” (IE nº: 702125160.00-35, pertencente a Maria Rodrigues Pires), verificou-se que existiam mais duas inscrições ativas no mesmo endereço: a IE nº 702.285406.00-68 da empresa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Maria Madalena Pires” e a inscrição estadual nº 001.079732.00.32 pertencente ao contribuinte “Angélica Tavares de Barros Pires-ME”.

Apurou-se que o Sr. Samuel Messias Pires (Coobrigado e procurador da empresa Autuada) registrou as três empresas em nome de seus parentes, pois é filho da Sra. Maria Rodrigues Pires, irmão da Sra. Maria Madalena Pires e marido da Sra. Angélica Tavares de Barros Pires. Não bastasse, ainda registrou uma quarta empresa no Estado de Goiás, em nome de seu irmão João Batista Pires, como será visto mais adiante.

Ressalte-se que para conseguir registrar as três empresas no mesmo endereço, o Sr. Samuel Messias Pires alterava a numeração do prédio. Para tanto, aproveitava-se do fato do imóvel ser constituído de um grande galpão que ocupa os lotes de números 10, 11, 12 e 13 de uma mesma quadra, na Praça Guilherme de Freitas Paraíso, bairro Presidente Roosevelt, em Uberlândia-MG. Como o IPTU é pago separadamente para cada um dos lotes, houve facilidade para a obtenção dos três alvarás para funcionamento das empresas junto à Prefeitura Municipal de Uberlândia.

Assim, para obter a inscrição estadual da empresa Autuada (Maria Rodrigues Pires) utilizou-se o endereço da Praça Guilherme de Freitas Paraíso, número 280. Já para a inscrição de “Maria Madalena Pires”, o endereço é na mesma praça, porém o número foi alterado para 286. Por fim, para a empresa “Angélica Tavares de Barros Pires”, o número do imóvel foi alterado para 270, na mesma praça.

Comprovou-se por intermédio da diligência ao local, que o estabelecimento é único, sem divisões de estoques e sem entradas específicas para cada uma das empresas, conforme fotografias às fls. 76/93.

Nota-se, inclusive, que a placa com o nome da loja, “CONTATO PISOS”, é única e ocupa toda a frente do imóvel, sendo que o estabelecimento comercial possui apenas um escritório de gerência e de administração para as três empresas.

O Sr. Samuel Messias e as outras sócias das empresas foram convidados a comparecerem à Delegacia Fiscal de Uberlândia para prestarem esclarecimentos, conforme documentos constantes do Anexo 1, às fls. 52/68. Durante os esclarecimentos prestados, explicaram que o motivo da abertura das várias empresas era ter cadastro limpo para comprar de seus fornecedores.

O Fisco apurou que apesar da empresa Maria Rodrigues Pires (Autuado) ficar vários meses sem movimentação na saída, continuou comprando normalmente e dando saída nas mercadorias por meio dos documentos fiscais da empresa Maria Madalena Pires. O contrário também aconteceu. Efetuou-se compras de mercadorias destinadas à empresa Maria Madalena Pires e nas saídas utilizaram as notas fiscais da empresa Maria Rodrigues Pires.

Quanto à empresa Angélica Tavares de Barros Pires, não houve emissão de nenhum documento fiscal, embora o Fisco tenha apreendido, no momento da ação fiscal, diversas notas fiscais de compras da referida empresa sem escrituração no livro Registro de Entradas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ficou constatado que em vários meses de apuração o administrador e real proprietário da empresa, Sr. Samuel, concentrou a emissão de notas fiscais em apenas uma empresa, ora utilizando os documentos da empresa Maria Rodrigues Pires, ora os documentos da empresa Maria Madalena Pires.

Após os levantamentos e esclarecimentos prestados pelas pessoas envolvidas ficou comprovado que, na realidade, existe somente uma empresa no endereço, com o nome de fantasia "CONTATO PISOS", de propriedade do Sr. Samuel Messias Pires e que esta empresa operou no mesmo estabelecimento utilizando as três inscrições estaduais.

Assim, as inscrições estaduais das empresas Maria Madalena Pires e Angélica Tavares de Barros Pires foram canceladas "de ofício" pela SEF/MG, em 04/12/08 (fls. 71/72), por serem utilizadas com dolo ou fraude, permanecendo somente a inscrição estadual da empresa ora Autuada, por ser a mais antiga. Este ato de cancelamento das inscrições estaduais não foi objeto de contestação administrativa nem judicial pelos representantes legais das empresas.

Neste sentido, para beneficiar os Contribuintes e em respeito à verdade material relativa à existência, de fato, de somente uma empresa no local, o Fisco realizou o levantamento de maneira conjunta e única, consolidando a totalidade dos documentos e lançamentos contábeis e fiscais das três empresas no mesmo período de apuração.

Portanto, para elaboração do presente Auto de Infração foram consolidados os livros Registros de Entradas, os livros Registros de Saídas, os livros de Inventários, todas as notas fiscais de entradas escrituradas ou não e todas as notas fiscais de saídas emitidas pelos três contribuintes.

Cumpram-se destacar que diante da situação apresentada, a técnica utilizada pelo Fisco era a única alternativa possível para a conferência das operações dos contribuintes, caracterizando-se como procedimento idôneo e que não resultou em qualquer prejuízo para os Impugnantes.

Quanto ao mérito das imputações fiscais, analisando os documentos constantes dos autos e a legislação pertinente à matéria, constata-se a correção do lançamento fiscal, conforme será demonstrado.

Item 1: Falta de escrituração de notas fiscais de entradas no LRE

Neste item do AI foi apurada a falta de escrituração de diversas notas fiscais de entradas no LRE, nos exercícios de 2004 a 2008, conforme cópias de notas fiscais e demonstrativos constantes nos Anexos XVI a XIX (fls. 545/586).

As notas fiscais não escrituradas foram relacionadas e juntadas aos autos às fls. 545/586, 863/1.098, 1.536/1.648, 2.110/2.198 e 2.427/2.548, enquanto as cópias dos livros Registro de Entradas das empresas autuadas foram anexadas pelo Fisco para demonstrar a não escrituração dos documentos fiscais em questão, conforme constam dos autos às fls. 114/185, 325/387 e 515/519.

Foi exigida a Multa Isolada de 10% (dez por cento), capitulada no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75, calculada sobre os valores totais das operações, de acordo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

com os demonstrativos do crédito tributário por exercício, inseridos no Relatório Fiscal de fls. 21/45.

Para as notas fiscais que continham o ICMS/ST já recolhido ou destacado, a penalidade foi aplicada com a utilização do percentual de 5% (cinco por cento), conforme previsto na alínea “b” do mesmo dispositivo legal.

Dessa forma, a penalidade foi corretamente exigida, nos termos estabelecidos no mencionado inciso I do art. 55:

Art. 55 - (...)

I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de: (...)

b) saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;

Quanto ao ICMS devido por substituição tributária por ocasião da entrada dessas mercadorias no estabelecimento, está sendo exigido no item 5 do AI.

Item 2: Falta de recolhimento do ICMS/ST sobre o estoque de mercadorias existente no estabelecimento em 31/12/04

Em relação a este item do AI, a acusação fiscal é de falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, relativo às subseqüentes operações com mercadorias (materiais de construção) relacionadas no Anexo IX do RICMS/02, existentes no estoque do estabelecimento em 31/12/04, nos termos do art. 7º do Decreto nº 43.923/04 e Resolução nº 3.608/04.

O estoque de mercadorias que o Autuado (Maria Rodrigues Pires) possuía naquela data foi relacionado e escriturado no seu livro Registro de Inventário de 2004, conforme cópia às fls. 310/312.

Observe-se que o livro Registro de Inventário da empresa Maria Madalena Pires apresentou estoque final igual a “zero” em 31/12/04 (fls. 499/501) e a empresa Angélica Tavares de Barros Pires, por sua vez, somente foi “constituída” no exercício de 2008 (fls. 74). Assim, as exigências fiscais recaíram somente sobre o estoque final da empresa ora Autuada.

Considerando-se que no exercício de 2004 o Contribuinte estava enquadrado no sistema de tributação pelo Simples Minas, foi aplicada a regra para o cálculo do ICMS devido prevista no inc. V do art. 2º da Resolução nº 3.608/04 (cópia anexa).

Neste sentido, o imposto foi exigido apenas sobre a margem de valor agregado, ou seja, sobre 35% (trinta e cinco por cento) do valor do estoque inventariado.

Ressalte-se que o Fisco observou corretamente o disposto nos arts. 5º e 6º da mencionada resolução, que estabelecem que em caso de não recolhimento ou

parcelamento do imposto no mês de agosto de 2005, o contribuinte fica sujeito a incidência de juros e multa de mora a partir de 31/12/04.

Dessa forma, são legítimas as exigências do ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75, de acordo com o demonstrativo do crédito tributário às fls. 25.

Item 3: Saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal apurada em conclusão fiscal

No tocante a este item do Auto de Infração, o Fisco apurou por meio de conclusão fiscal, que o Autuado promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2004 a 2008, resultando em falta de recolhimento do ICMS no exercício de 2004.

Importante ressaltar que a pessoa responsável pela contabilidade das três empresas declarou que nenhuma delas possuía os livros Diário e Razão, por serem optantes pelo sistema de tributação do Simples Nacional (fls. 11/14), razão pela qual o Fisco optou em desenvolver os trabalhos de fiscalização por meio de conclusão fiscal.

Registre-se que a conclusão fiscal é um procedimento de fiscalização tecnicamente idôneo, estando previsto no art. 194, inc. V do RICMS/02.

Na elaboração da conclusão fiscal, o Fisco utilizou os livros fiscais do Contribuinte, as notas fiscais de saídas emitidas e os documentos fiscais de entradas escriturados ou não e, assim, foi apurado o preço médio de saída das mercadorias. Apurou-se, também, o preço médio das entradas dos pisos e revestimentos e o percentual que tais produtos representam no faturamento total da empresa.

Para os demais produtos comercializados pelo Autuado, utilizou-se a margem de valor agregado para fins de ICMS/ST, conforme item 18 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, ou seja, 35% (trinta e cinco por cento).

Somente para o exercício de 2004 foi utilizada a margem de 30% (trinta por cento) prevista no item 102 da Parte 2 do Anexo X do mesmo regulamento.

As planilhas relativas à conclusão fiscal foram elaboradas separadamente por exercício e estão inseridas nos Anexos XXIII, XXXV, XLVII, LIX e LXX do AI, autuados às fls. 824, 1.535, 2.109, 2.426 e 2.765.

Os demonstrativos com o cálculo do preço médio das mercadorias em cada exercício, bem como as notas fiscais que serviram de base para o cálculo encontram-se nos Anexos XX, XXI, XXII, XXXII, XXXIII, XXXIV, XLIII, XLV, XLVI, LVI, LVII, LVIII, LXVII, LXVIII e LXIX do Auto de Infração, às fls. 587/822, 1.111/1.533, 1.652/2.107, 2.222/2.424 e 2.567/2.763.

Saliente-se que está sendo exigido o recolhimento do ICMS apenas das operações realizadas no exercício de 2004, haja vista que a partir de 2005 o imposto passou a ser exigido antecipadamente por substituição tributária, para as mercadorias em questão.

Dessa forma, são legítimas as exigências do ICMS, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, ambos da Lei

nº 6.763/75, conforme indicado nos demonstrativos do crédito tributário, mas apenas com relação ao exercício de 2004.

Como dito acima, foi exigido o recolhimento do ICMS apenas das operações realizadas no exercício de 2004, vez que a partir de 2005 o imposto passou a ser exigido antecipadamente por substituição tributária, para as mercadorias em questão.

Se o imposto já foi recolhido antecipadamente pelas entradas não é possível, através de conclusão fiscal, concluir que ocorreram saídas desacobertas. A única conclusão possível, no presente caso, é que o Autuado utilizou de índice de agregação de valor muito maior do que o exigido para a retenção por substituição tributária, nada mais. A constatação de exagerado índice de agregação de valor, como constatado pelo Fisco, pode sugerir, quando muito, a entrada de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e sem retenção do ICMS/ST, o que poderia ser facilmente constatado pelo Fisco através de levantamento quantitativo, outra técnica de fiscalização igualmente idônea.

Desse modo, deve ser excluída a Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75 exigida para os exercícios de 2005 a 2008.

A multa isolada acima mencionada (art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75) foi aplicada com a majoração de 50% (cinquenta por cento), face à constatação de reincidência na prática da infração, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75.

A caracterização da reincidência foi comprovada por meio da DAF nº 04.00037418-56 de 02/09/04, relativa à autuação pela mesma infração e que foi quitada pelo Autuado (fls. 111/113). Contudo, conforme informação às fls. 2.900, a reincidência foi constatada apenas para o Autuado, não podendo ser, então, a majoração da multa ser estendida aos Coobrigados. Deste modo, a majoração da multa isolada, por reincidência, deve ser excluída desta autuação, podendo o Fisco, se assim o entender, exigí-la em autuação em separado.

Item 4: Entrada de mercadoria mediante utilização de nota fiscal consignando destinatário diverso

No que diz respeito a este item do AI, foi apurado que o Contribuinte promoveu entradas de mercadorias no estabelecimento, sujeitas à substituição tributária, nos exercícios de 2005 a 2007, utilizando-se de notas fiscais de entradas consignando destinatário diverso daquele a quem as mercadorias realmente se destinavam.

Como consequência, o Autuado deixou de recolher o ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais em operação interestadual, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não era atribuída ao alienante ou remetente da mercadoria.

As notas fiscais de entradas objeto da autuação foram relacionadas e acostadas aos autos nos Anexos XXX, XLII e LIV, às fls. 992/1.098, 1.649/1.651 e 2.199/2.205.

As notas fiscais em questão foram apreendidas dentro do estabelecimento da empresa Autuada, conforme TAD às fls. 04, sendo que todas elas indicam como

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinatária a empresa “João Batista Pires Goiás”, localizada na cidade de Catalão, no Estado de Goiás.

Como já mencionado anteriormente, esta empresa foi registrada pelo Sr. Samuel Messias Pires em nome do seu irmão, o Sr. João Batista Pires (também arrolado como Coobrigado no presente Auto de Infração), o que foi confirmado pelos mesmos nos esclarecimentos prestados ao Fisco (fls. 53/54 e 60/65).

Nestes esclarecimentos, os dois irmãos confirmaram que a empresa registrada em Goiás não possuía espaço físico para depósito de mercadorias e que o transportador descarregava as mercadorias constantes das notas fiscais de compras diretamente no estabelecimento do Autuado, em Minas Gerais.

O objetivo deste procedimento de realizar compras de mercadorias em nome de uma empresa de outra Unidade da Federação era transitar pelos Postos de Fiscalização de Minas Gerais sem efetuar o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Nos termos dos arts. 14 e 46, inc. II do Anexo XV do RICMS/02 o Autuado é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Para apuração dos valores do imposto devido, o Fisco elaborou uma planilha para cada exercício, anexadas aos autos às fls. 1.106/1.109, 1.669 e 2.216, cujos valores foram transferidos para os demonstrativos do crédito tributário às fls. 31/32, 36/37 e 41.

Dessa forma, foram exigidos corretamente o ICMS/ST, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75, além da Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. V, da mesma lei:

Art. 55 - (...)

V - por emitir ou utilizar documento fiscal em que conste, como destinatário, pessoa ou estabelecimento diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinar - 50% (cinquenta por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal;

Item 5: Falta de recolhimento do ICMS/ST no momento da entrada da mercadoria em território mineiro

Neste item do AI está sendo exigido o ICMS/ST devido em operação interestadual, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, no período de 2005 a 2008, quando a responsabilidade não era atribuída ao alienante ou ao remetente da mercadoria, relativamente às notas fiscais de entradas não escrituradas nos livros Registro de Entradas (item 1 do Auto de Infração).

Nos termos dos arts. 14 e 46, inc. II do Anexo XV do RICMS/02 o Autuado é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Os valores do imposto devido por substituição tributária foram apurados pelo Fisco separadamente por exercício, nas planilhas de fls. 1.099/1.103, 1.105, 1.659/1.661, 1.664/1.666, 2.208 e 2.212/2.214. Os respectivos valores foram transferidos para os demonstrativos do crédito tributário às fls. 31/32, 36/37, 41 e 44/45.

Importante ressaltar que todos os recolhimentos realizados pelos contribuintes a título de ICMS por substituição tributária foram aceitos e abatidos pelo Fisco, apesar de alguns DAEs não estarem arquivados junto às respectivas notas fiscais ou mesmo não possuírem os próprios DAEs. Nestes casos, o Fisco buscou a comprovação do recolhimento por intermédio dos extratos da conta corrente fiscal dos contribuintes, anexadas aos autos às fls. 530 a 544, considerando tais valores para efeitos de abatimento.

Dessa forma, são corretas as exigências fiscais relativas a este item do AI, constituídas de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75.

Item 6: Falta de recolhimento do ICMS/ST complementar quando o alienante ou o remetente efetuou retenção do imposto a menor

Por fim, neste item do AI é exigido o recolhimento do ICMS/ST complementar, devido em operações de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, nos exercícios de 2005 a 2008, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, efetuou retenção a menor do imposto.

Nos termos do art. 15 do Anexo XV do RICMS/02 os estabelecimentos destinatários de mercadorias sujeitas à substituição tributária, inclusive o varejista, são responsáveis pelo imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente (sujeito passivo por substituição) não efetuar a retenção ou efetuar a retenção do imposto a menor.

Assim, a Fiscalização elaborou as planilhas de fls. 1.104, 1.662, 1.667/1.668, 2.209/2.210 e 2.215, fazendo o levantamento das diferenças dos valores do imposto devido por substituição tributária, relativas às operações que destinaram mercadorias às empresas ora autuadas. Os respectivos valores foram transferidos para os demonstrativos do crédito tributário às fls. 31/32, 36/37, 41 e 44/45.

Ressalte-se que a diferença apurada diz respeito, principalmente, a não inclusão do valor do frete na base de cálculo do ICMS/ST, como informa o Fisco no Relatório Fiscal (fls. 33) e de acordo com o demonstrado nas mencionadas planilhas.

Neste sentido, são corretas as exigências do ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75, conforme consta dos demonstrativos do crédito tributário.

Quanto à sujeição passiva alegam os Impugnantes na defesa apresentada, que os Coobrigados Samuel Messias Pires e João Batista Pires foram indevidamente incluídos no polo passivo, pois os administradores não podem ser responsabilizados pela simples inadimplência de tributos que foram gerados pela pessoa jurídica em suas operações regulares e legais, nos termos dos arts. 129 a 135 do CTN. Não houve

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

questionamento em relação à coobrigação das empresas “Maria Madalena Pires” e “Angélica Tavares de Barros Pires”.

A inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária encontra-se justificada e fundamentada no Auto de Infração e no Relatório Fiscal, às fls. 21 a 24.

As empresas “Maria Madalena Pires” e “Angélica Tavares de Barros Pires”, foram arroladas como Coobrigadas devido ao fato de terem sido inscritas no mesmo endereço da empresa ora Autuada (Maria Rodrigues Pires), como visto anteriormente.

Outro fato que determinou a coobrigação das mencionadas empresas foi a impossibilidade de se separar, com precisão, as operações de entradas e saídas praticadas por cada uma delas.

Com efeito, restou comprovado que essas três empresas possuíam o mesmo estabelecimento físico, o mesmo escritório, os mesmos funcionários e o mesmo estoque de mercadorias. As operações de compras eram feitas, ora em nome de uma das empresas, ora em nome de outra. O mesmo acontecia com a emissão de notas fiscais de saídas, que era feita aleatoriamente por um ou outro estabelecimento, dependendo da necessidade de se comprovar receita perante o cadastro de seus fornecedores, conforme afirmado pelos sócios das empresas nos depoimentos às fls. 52/65.

Assim, para que não houvesse prejuízos aos contribuintes, o Fisco realizou o levantamento de maneira conjunta e única, consolidando a totalidade dos documentos e livros fiscais das três empresas no mesmo período de apuração.

Neste sentido, as três empresas foram arroladas no polo passivo da obrigação tributária, como responsáveis solidárias, nos termos do art. 21, inc. XII da Lei nº 6.763/75, que dispõe:

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.

Ressalte-se que a empresa Coobrigada “Angélica Tavares de Barros Pires” responde solidariamente somente pelos lançamentos efetuados a partir de 19/07/08, data do deferimento de concessão da sua inscrição estadual, de acordo com observação constante no Auto de Infração, às fls. 16.

No que se refere ao Sr. Samuel Messias Pires, também arrolado como Coobrigado no presente lançamento, sua inclusão no polo passivo deveu-se a comprovação nos autos de que ele é o real proprietário das três empresas envolvidas, apesar de seu nome não constar do quadro societário de nenhuma delas. Assim, usou de fraude e simulação para obter diversas inscrições junto aos órgãos estaduais.

Como já relatado anteriormente, apurou-se por meio de diligências e esclarecimentos prestados pelos sócios das empresas em questão (fls. 52/65), que o Sr.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Samuel Messias Pires registrou diversas empresas em nome de seus familiares, pois ele é filho e procurador da Sra. Maria Rodrigues Pires (procuração às fls. 09), é irmão da Sra. Maria Madalena Pires, é marido da Sra. Angélica Tavares de Barros Pires e também é irmão do Sr. João Batista Pires (sócio de uma quarta empresa registrada no estado de Goiás).

Ficou explícito através dos esclarecimentos prestados que o Sr. Samuel Messias Pires abriu empresas individuais em nome de seus familiares, sem que estes tivessem capacidade financeira nem conhecimento de como as empresas eram administradas, além de desconhecerem os fornecedores, a lucratividade da empresa etc.

Os parentes do Sr. Samuel que constam como sócios das empresas apenas assinavam os documentos para que ele pudesse constituí-las e movimentá-las. Na verdade todos os equipamentos e mercadorias pertencem a ele mesmo (Samuel Messias), que também é responsável pelo pagamento dos serviços de contabilidade, pela realização das operações bancárias e pela administração total das empresas.

Embora as senhoras Maria Madalena Pires e Angélica Tavares de Barros Pires tenham declarado que trabalhavam na empresa como vendedoras, constatou-se, através dos esclarecimentos prestados, que nenhum dos parentes do Sr. Samuel demonstrou ter conhecimentos básicos acerca de mercado, capacidade financeira e situação econômica das empresas. Também não receberam nenhum lucro das operações das empresas e não sabiam nada sobre a situação comercial ou tributária das mesmas. Ou seja, elas constavam como proprietárias nos documentos da empresa, mas recebiam salários e comissões como vendedoras, como qualquer um dos funcionários da empresa.

Outra prova que o real proprietário das empresas era o Sr. Samuel é que as três empresas diferentes e ativas funcionam no mesmo estabelecimento, em espaço físico comum, sem divisão física de estoques, administração, notas fiscais de entradas, notas fiscais de saídas, etc., como foi demonstrado anteriormente.

Ademais, o senhor Samuel é o procurador da empresa registrada em nome de sua mãe Maria Rodrigues Pires (uma senhora de 75 anos), tendo plenos poderes gerais e especiais para gerir e administrar a pessoa jurídica outorgante, conforme documento às fls. 09.

Dessa forma, pela ação de abrir diversas empresas utilizando interpostas pessoas, deixar de escriturar notas fiscais de entradas, deixar de recolher o ICMS devido, utilizar de notas fiscais em que consta destinatário diverso e promover saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, como ficou constatado nos autos, o Sr. Samuel Messias Pires responde solidariamente pela obrigação tributária, nos termos do inc. XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, sendo, também, pessoalmente responsável pelo crédito tributário a teor do disposto no § 2º do mesmo artigo, *in verbis*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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. (grofamos)

Por fim, no tocante ao último Coobrigado, Sr. João Batista Pires, comprovou-se que ele participou e contribuiu para a ocorrência do ilícito tributário, na medida em que “emprestou” seu nome para o irmão (Sr. Samuel Messias Pires) abrir uma empresa no Estado de Goiás, com o único objetivo de lesar o erário mineiro.

De fato, como visto anteriormente, em diversas notas fiscais de compras consignou-se nas notas fiscais aquela Unidade da Federação como destinatária, sendo que, realmente, a mercadoria se destinava ao estabelecimento mineiro “CONTATO PISOS”, localizado em Uberlândia (ora Autuado). Inclusive, neste local, foram apreendidas diversas notas fiscais endereçadas à empresa de Goiás.

Dessa forma, a mercadoria transitava pelos postos de fiscalização mineiros sem efetuar o recolhimento do ICMS/ST devido para Minas Gerais.

Nos esclarecimentos prestados ao Fisco, o Sr. Samuel Messias Pires e o Sr. João Batista Pires declararam que o estabelecimento da empresa “João Batista Pires Goiás”, localizada no Estado de Goiás, não tinha espaço para estocagem de mercadorias, não recebeu nenhuma entrada física de mercadoria naquele estabelecimento e que não sabem onde estão os livros e documentos fiscais da mencionada empresa.

Acrescente-se, ainda, que os imóveis onde estão localizadas as três empresas de Minas Gerais têm como proprietário o Sr. João Batista Pires, conforme cópias de IPTU e Certidão de Registro de Imóveis anexadas às fls. 94/108, demonstrando mais uma ligação entre ele e as empresas autuadas.

Assim, nos termos do art. 21, inc. XII da Lei nº 6.763/75, acima transcrito, o Sr. João Batista Pires é solidariamente responsável pela obrigação tributária, pelo ato de “emprestar” o nome para seu irmão registrar uma empresa. Ou seja, permitiu que seu irmão o utilizasse como interposta pessoa, provocando prejuízos ao erário mineiro com a falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Importante salientar que em sua defesa, os Impugnantes não apontaram quaisquer erros materiais no lançamento e nem questionaram os critérios e procedimentos adotados pela Fiscalização na apuração do crédito tributário, sobretudo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no que se refere à consolidação das operações praticadas pelas três empresas registradas no mesmo endereço.

Na realidade, a peça de impugnação contesta o lançamento de forma genérica, suscitando apenas questões de direito e inconstitucionalidades da legislação aplicada, sem, no entanto, indicar qualquer discordância em relação, por exemplo, a base de cálculo, aos cálculos apresentados nas diversas planilhas, a aplicação de margem de valor agregado, aplicação de alíquotas, capitulação de penalidades ou interpretação de dispositivos da legislação tributária.

Os Impugnantes contestam os valores das multas aplicadas, argumentando que o art. 145, inc. IV da Constituição Federal veda a utilização de tributos com efeitos de confisco e sustentam que teria havido ofensa aos princípios constitucionais da garantia à propriedade privada, da capacidade contributiva e da proporcionalidade.

No entanto, não cabe tal discussão neste foro, tendo em vista que os percentuais utilizados para aplicação das penalidades estão previstos na Lei nº 6.763/75 e considerando, ainda, a regra prevista no art. 182 da Lei nº 6.763/75 e art. 110 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, de igual teor que limita a competência deste Conselho.

Argumenta a defesa que a aplicação da taxa SELIC seria indevida, pois esta taxa possuiria natureza remuneratória e não poderia ser empregada como juros de mora.

Todavia, a Lei nº 6.763/75 prevê em seu art. 226, que sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal, incidirão juros de mora, calculados segundo os critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais, os quais estão disciplinados no art. 5º, § 3º da Lei Federal nº 9.430/96.

No âmbito estadual, a atualização monetária dos créditos tributários, bem como a cobrança de juros de mora, atualmente encontram-se regulamentadas pela Resolução nº 2.880/97, bem como nos arts. 212 a 215 do RPTA/MG.

Quanto ao requerimento de perícia contábil, registre-se que não houve a indicação precisa dos quesitos que os Impugnantes desejam ver respondidos, razão pela qual o pedido não será apreciado, nos termos do art. 142, § 1º, inc. I do RPTA/MG.

Por fim, cabe ressaltar que a Assessoria do CC/MG determinou a realização da Diligência de fls. 2.901, visando esclarecer se o Fisco teria observado os procedimentos estabelecidos no art. 83 do RPTA/MG (desconsideração de ato ou negócio jurídico) e, se fosse o caso, apresentasse as respectivas intimações ou justificativas da não aplicação do dispositivo legal mencionado.

Em resposta o Fisco esclarece às fls. 2.902/2.909, que as intimações foram feitas informalmente, por telefone. Informam, ainda, que considerando o fato do Contribuinte ter agido com fraude e simulação, o lançamento foi feito de ofício, nos termos do art. 149, inc. VII do CTN, sem a necessidade de desconsideração de ato ou negócio jurídico.

Com efeito, assiste razão ao Fisco, pois a obtenção das três inscrições estaduais no mesmo endereço se deu por meio de fraude e simulação, já que na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realidade existia uma única empresa de propriedade do Sr. Samuel Messias Pires, como relatado acima.

Por outro lado, saliente-se que as inscrições estaduais das empresas “Maria Madalena Pires” e “Angélica Tavares de Barros Pires” foram canceladas de ofício pela SEF/MG, em 04/12/08 (fls. 71/72), permanecendo somente a inscrição estadual da empresa ora Autuada, por ser a mais antiga. Este ato de cancelamento das inscrições estaduais não foi objeto de contestação administrativa nem judicial por parte dos representantes legais das empresas.

Assim, na data da lavratura do Auto de Infração (23/03/09) não havia mais ato ou negócio jurídico a ser desconsiderado, uma vez que os atos simulados praticados pelo Contribuinte foram formalmente desconstituídos pela Administração Fazendária.

Dessa forma, entende-se que inexistiu óbice ao procedimento da Fiscalização de realizar os levantamentos sobre as operações das três empresas de maneira conjunta e única, consolidando a totalidade dos documentos e livros fiscais no mesmo período de apuração.

Vale lembrar que este órgão julgador já analisou processos semelhantes, onde também havia levantamento fiscal consolidando as operações de vários estabelecimentos de determinada empresa, cujos lançamentos foram aprovados integralmente, conforme Acórdãos nºs 16.715/06/2ª e 19.081/09/1ª.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 2.868/2.872, excluindo ainda a Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 aplicada nos exercícios de 2005 a 2008 e a majoração da mesma multa no exercício de 2004. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Roberto de Castro. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 14 de julho de 2010.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator