

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.465/07/1^a Rito: Sumário

Impugnação: 40.010119978-69 (Aut.), 40.010119979-40 (Coob/José), 40.010119980-24 (Coob/Osvaldo), 40.010119981-05 (Coob/Wender), 40.010119982-88 (Coob/Wilda)

Impugnante: W A Atacadista de Cereais e Distribuidora Ltda (Aut.), José Jaime Saldanha (Coob.), Osvaldo Saldanha Almeida (Coob.), Wender Saldanha da Fonseca (Coob.), Wilda Olimak Saldanha (Coob.)

Proc. S. Passivo: Fernando José Dutra Martuscelli/Outro(s) (Aut/Coob.)

PTA/AI: 01.000154488-09

Inscr. Estadual: 433115184.00-10

CPF: 648.724.321-34 (José), 139.874.376-34 (Osvaldo), 451.543.172-20 (Wender), 784.476.746-49 (Wilda),

Origem: DF/ Montes Claros

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BEBIDA QUENTE - ENTRADA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL FALSA. Constatado entrada de mercadorias desacobertas de documentação fiscal hábil, tendo em vista que as notas fiscais que as acobertavam foram declaradas falsas. Infração caracterizada, nos termos do artigo 149, inciso I, do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II e §2º e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entrada de mercadorias (bebidas quentes) desacobertas de documentação fiscal hábil, decorrente do registro de várias notas fiscais, no período de agosto de 2005 a janeiro de 2006, emitidas pelas empresas Distribuidora Século Ltda, declaradas falsas/inidôneas, nos termos dos Atos Declaratórios de Falsidade/Inidoneidade nºs 13.186.110.005102, de 29/08/2005 e publicado no Diário Oficial deste Estado em 15/09/2005 e 13. 186.110.005416, de 16/10/2006 e publicado no Diário Oficial deste Estado em 18/10/2006 e Distribuidora Shande Ltda, cujas notas fiscais foram confeccionadas sem autorização fiscal. Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II e §2º e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, ambos da Lei 6763/75.

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação em conjunto às fls. 174 a 206, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 251 a 266.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Quanto ao pedido de perícia

O pedido de prova pericial suscitado pelos Impugnantes, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos têm respostas no conjunto probatório já acostado aos autos ou são irrelevantes para o deslinde da questão, não exigindo conhecimento técnico específico.

A rigor, como a ação fiscal desencadeou um conjunto de lançamentos, consubstanciados em vários autos de infração, a defesa ao apresentar suas alegações não individualizou as acusações fiscais, fazendo com que os quesitos se distanciassem da acusação fiscal.

No presente caso, que trata de entrada de mercadoria acobertada por documentos fiscais declarados falsos/inidôneos, os quesitos propostos pelos Impugnantes não guardam qualquer pertinência com os fatos acusatórios.

Assim, o requerimento de perícia deve ser indeferido, com fundamento no artigo 116, incisos I, II e IV da CLTA/MG.

Quanto à ilicitude das provas e imprestabilidade da ação fiscal

A defesa centra sua discussão na ilicitude das provas, ao entendimento de que houve violação ao direito de propriedade, com invasão do domicílio de Aparecida Fonseca Santos, uma vez que, no seu entendimento, a decisão judicial não autorizava a apreensão de documentos, mas sim a apreensão e seqüestro de bens.

Do mesmo modo entende quanto aos documentos apreendidos na sede das empresas envolvidas, argumentando que a ordem judicial autorizava apenas que o Fisco acompanhasse o Ministério Público, como serviço de apoio.

No presente caso, no entanto, a apuração efetuada pelo Fisco independe da documentação apreendida, uma vez que se refere aos documentos fiscais falsos/inidôneos que se encontravam lançados na escrita fiscal da Autuada, com regular publicação dos atos de inidoneidade.

Com efeito, conforme destaca o Fisco, a ação fiscal teve início com o apoio às atividades do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que obteve junto ao Juiz da Comarca de Montes Claros/MG, mandado de busca e apreensão junto à empresa autuada e nas residências dos sócios.

Como o mandado judicial determinava a busca e apreensão de bens e valores, foram abertas todas as salas e móveis em busca de tais bens e valores. A Fiscalização, então, não se encontrava mais diante da hipótese de documentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

trancados em móveis ou depósitos. A Fiscalização estava diante dos próprios documentos.

De posse de toda a documentação encontrada, a Fiscalização lacrou os referidos documentos em sacos plásticos, lavrou o TAD, reabrindo-os posteriormente na repartição, na presença de oficial de justiça e de representante indicado pelo interventor judicial.

Só então, foi possível discriminar item a item, o conteúdo do material apreendido, na presença do representante indicado pelo interventor, quando então o segundo TAD foi lavrado, vinculado ao termo de deslacrção.

Cumprе esclarecer, ainda, que os autuados receberam todas as cópias da documentação, conforme aviso de recebimento às fls. 166/169.

Alega a defesa a ilicitude da prova, argumentando que não fora autorizado ao Fisco apreender documentos. Dois pontos merecem destaque. O primeiro deles, de que a apreensão na residência de Aparecida Fonseca Santos não ocorreu sob o manto do Fisco, mas sim sob a tutela do Oficial de Justiça, servindo o Fisco de “depositário” dos documentos, que passaram por análise posterior e separação para fins de instrução de processo tributário e processo criminal.

Ao contrário, a apreensão junto aos estabelecimentos, onde o Fisco, acompanhado de Oficial de Justiça e do *parquet*, lavrou o competente TAD para apreensão dos documentos extrafiscais localizados junto aos estabelecimentos.

O segundo ponto diz respeito à possibilidade ou não de apreensão de documentos, ao entendimento de que a autorização judicial se dera apenas para acompanhamento ao Ministério Público.

Neste ponto, outras duas conclusões podem ser tiradas. De pronto, há de se notar que as apreensões junto aos estabelecimentos não carecem de autorização judicial, por se tratar de documentos inerentes às atividades comerciais da Autuada, nos termos do disposto no CTN.

As pontuações da defesa de que a apreensão somente poderia ocorrer após a intimação para entrega, com recusa do contribuinte, merece uma análise mais acurada.

Ora, é evidente que a recusa diz respeito aos documentos tidos como “oficiais”, ou seja, aqueles considerados documentos fiscais. Ao contrário, conceber a necessidade de intimação para apresentação de documentos extrafiscais, portanto do chamado “caixa dois”, seria ridicularizar o dispositivo legal.

Se assim procedesse o Fisco, os documentos não seriam entregues, sob alegação de inexistentes, e ainda seriam destruídos, de modo a impedir o Fisco a capturar os dados neles inseridos.

Por outro lado, entender que a autorização judicial apenas colocava os agentes do Fisco na condição de “carregadores de pasta” do *parquet*, também não se

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mostra coerente com o objeto da denúncia criminal interposta pelo Ministério Público. Fica evidenciado que, muito embora não lançado no despacho de maneira formal, a intenção do Juízo era de que o Fisco exercesse, ao lado do Ministério Público, todas as suas prerrogativas, não havendo nenhuma mácula na apreensão e posterior repasse dos documentos apreendidos ao Fisco.

Da Nulidade do Auto de Infração

A arguição de nulidade do Auto de Infração encontra-se vinculada às questões da ilegalidade das provas, sendo complementada pela inserção de declaração falsa no primeiro TAD emitido, em face de ter sido consignado no campo denominado de “motivo da apreensão”, a informação “MANDADO JUDICIAL”.

Com efeito, a ação de busca e apreensão se deu sim, em conjunto com o Ministério Público, conforme já narrado adiante, ainda que, por se tratar de estabelecimento comercial, tal cuidado estivesse dispensado conforme mencionado alhures.

Para não ser repetitivo, rejeita-se a arguição de nulidade com os fundamentos até aqui elencados, devendo-se considerar correta a expressão posta no TAD de fls. 02.

DO MÉRITO

A irregularidade apontada no Auto de Infração diz respeito às entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal hábil, decorrente do registro de várias Notas Fiscais, no período de agosto de 2005 a janeiro de 2006, emitidas pelas empresas Distribuidora Século Ltda, declaradas falsas/inidôneas, nos termos dos Atos Declaratórios de Falsidade/Inidoneidade n°s 13.186.110.005102, de 29/08/2005 e publicado no Diário Oficial deste Estado em 15/09/2005 e 13.186.110.005416, de 16/10/2006 e publicado no Diário Oficial deste Estado em 18/10/2006 e Distribuidora Shande Ltda, cujas notas fiscais foram confeccionadas sem autorização fiscal. Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II e §2º e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, ambos da Lei 6763/75.

Os Impugnantes alegam que a autuação sobre a entrada de mercadoria desacoberta de documento fiscal hábil não tem fundamento algum, pois não há prova de ingresso de mercadorias no estoque da pessoa jurídica impugnante e, ainda, que não houve aproveitamento do crédito.

O Fisco rebate o exposto dizendo que a autuação não versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS e sim sobre entrada de mercadoria desacoberta de documentação fiscal hábil, vez que as notas fiscais foram declaradas falsas.

E a exigência do imposto decorre exatamente da situação tributária das mercadorias, sujeitas que estão ao recolhimento pela modalidade de substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste caso, não havendo a comprovação do recolhimento na origem, em favor do Estado de Minas Gerais, obriga-se o adquirente a fazê-lo, por força da legislação tributária própria à espécie.

Como é cediço, o ato declaratório de inidoneidade ou falsidade decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do Contribuinte e das operações por ele praticadas, providenciado nos termos do artigo 1º da Resolução nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de qualquer das situações arroladas no artigo 3º da referida resolução.

É pacífico na doutrina o efeito *ex tunc* dos atos declaratórios, pois não é o ato em si que impregna os documentos de inidoneidade ou falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões.

Com isto, os documentos declarados falsos/inidôneos, nos termos da Resolução nº 1.926/89, ao serem emitidos, já nascem inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade para gerar créditos do imposto.

Na lição do Mestre Aliomar Baleeiro, *"o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato declarado ou reconhecido (ex tunc)"*. (In Direito Tributário Brasileiro, 10ª Edição, Forense, pág. 503).

Cabe ressaltar, que o registro da entrada da mercadoria tem como condicionante a idoneidade do documento fiscal que a acompanha, conforme art. 149 inciso I do RICMS/02, *in verbis*:

"Art. 149- Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

I - com documento fiscal falso ou inidôneo;"

No presente caso, nenhuma prova de realização do negócio foi juntada pela defesa, estando ausente a comprovação do recolhimento do imposto na origem.

Quanto à inclusão dos Coobrigados no pólo passivo da obrigação tributária, assim dispõem o art. 121 do CTN e art. 21, inciso XII da Lei 6763/75:

"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:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, **sua obrigação decorra de disposição expressa em lei.**" (gn)

"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."

Mais uma vez a defesa argüi a ilegalidade da apreensão realizada junto à residência da Aparecida Fonseca dos Santos, de forma a afastar a responsabilidade dos Coobrigados.

Sem razão, no entanto a defesa, pois conforme já visto, a apreensão guarda conformidade jurídica e autorização judicial.

Apenas para argumentar, ainda que esta não fosse a verdade, a confirmação da participação dos Coobrigados no ilícito não depende dos documentos apreendidos na residência da Aparecida Fonseca Santos.

Com efeito, apenas pelos fatos narrados na denúncia oferecida pelo Ministério Público e acatada pelo Poder Judiciário, já é possível qualificar a responsabilidade das pessoas lançadas no pólo passivo da obrigação tributária.

Além de outras provas colhidas, a denúncia narra com clareza ímpar a interposição de pessoas nas sociedades, demonstrando a participação de cada um nos negócios, em que figuram ora como sócios, ora como representantes de "sócios" que lhes adquiriram parcela ou totalidade de empreendimentos.

Também os documentos apreendidos nos estabelecimentos comerciais demonstram a utilização de meios não legais de sociedade, quando pagamentos são efetuados pela organização, por compras em tese efetuadas por outras pessoas jurídicas, demonstrando a participação de todos os envolvidos no emaranhado de irregularidades.

E quando isso acontece, aplica-se o disposto no art. 50 do Novo Código Civil, que assim expressa:

"Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De todo modo, é inegável que as informações contidas nos documentos apreendidos na residência de Aparecida Fonseca Santos, demonstram, à exaustão a prática da organização e a participação efetiva de todos no conjunto dos ilícitos praticados, chegando inclusive a distribuir os lucros da sociedade de fato.

Não existe, portanto, qualquer dúvida quanto à responsabilidade tributária dos coobrigados, impondo-se inferir correta a responsabilização dos mesmos, uma vez que seus atos concorreram para o não recolhimento do tributo.

Quanto à alegação dos Impugnantes que questiona a confiscatoriedade das penalidades aplicadas, deve-se também destacar que tais penalidades têm amparo na legislação mineira e tal alegação não encontra aqui o foro adequado para sua discussão.

Em que pese o fato de órgãos administrativos de outros Estados terem autorização para examinar questões constitucionais, o mesmo não ocorre com este Conselho, a teor do inciso I do artigo 88 da CLTA/MG.

Desta forma, restando caracterizada a infração apontada pelo Fisco, legítimas se mostram as exigências fiscais, constituídas pelo ICMS, acrescido da multa de revalidação e da Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei 6763/75.

Por fim, cabe fazer um único reparo ao conjunto dos autos, consubstanciado na afirmativa fiscal de fls. 256, de que o Conselho de Contribuintes havia se manifestado pela não responsabilidade dos Srs. Osvaldo Saldanha Almeida e Wender Saldanha da Fonseca, no julgamento do PTA 01.000137175.51, cujo crédito tributário encontra-se reconhecido pela Autuada, mediante parcelamento.

Cumprir destacar que o referido PTA não chegou ao CC/MG, não tendo este Órgão Julgador proferido qualquer decisão em relação ao crédito tributário ou responsabilidade nele contidos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar as prefaciais argüidas. Vencido o Conselheiro Rodrigo da Silva Ferreira, que as admitia. Também em preliminar, por maioria de votos, em indeferir o pedido de perícia. Vencido o Conselheiro Rodrigo da Silva Ferreira, que o deferia. No mérito, também por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Rodrigo da Silva Ferreira, que o julgava improcedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Fernando José Dutra Martuscelli e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças. Participaram do julgamento, além do signatário e do Conselheiro supracitado, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Rosana de Miranda Starling.

Sala das Sessões, 16/10/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ