

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.952/08/2ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.000154460-91, 01.000154465-80

Impugnação: 40.010119944-87, 40.010119938-04, 40.010119946-31 (Coob.), 40.010119940-61 (Coob.), 40.010119947-11 (Coob.), 40.010119941-42 (Coob.), 40.010119948-94 (Coob.), 40.010119942-23 (Coob.), 40.010119949-75 (Coob.), 40.010119943-04 (Coob.)

Impugnante: CNM Transportes Rodoviários Ltda
IE: 433083834.00-95
Jose Jaime Saldanha (Coob.)
CPF: 648.724.321-34
Osvaldo Saldanha Almeida (Coob.)
CPF: 139.874.376-34
Wender Saldanha da Fonseca (Coob.)
CPF: 451.543.172-20
Wilda Olimak Saldanha (Coob.)
CPF: 784.476.746-49

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

Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – AUTO PEÇAS – ENTRADA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL FALSA. Restou demonstrado nos autos que a Autuada deu entrada em mercadorias sujeitas à substituição tributária desacobertadas de documentação fiscal, por força do art. 149, inciso I do RICMS/02, em face da utilização de notas fiscais falsas para acobertá-las. Exigências fiscais corretas de ICMS-ST, MR em dobro e Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei 6763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – IMPRESSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL – Mediante a apreensão de blocos de notas fiscais, utilizadas e em branco, que foram encontrados no estabelecimento dos sujeitos passivos que se beneficiaram com a emissão das referidas notas fiscais, dando entrada de mercadorias no estabelecimento da Autuada, comprovou-se a impressão de notas fiscais falsas. A impressão e utilização foram negadas pelas gráficas e supostos contribuintes que os mandaram imprimir, sob as penas da lei. Correta a aplicação da penalidade (Multa Isolada) do art. 54, inciso V da Lei 6763/75, após reformulação pelo Fisco.

Lançamentos parcialmente procedentes. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Inicialmente, importante esclarecer que se trata do julgamento dos lançamentos constantes de dois Autos de Infração, 01.000154460-91 e 01.000154465-80, processos anexados por decisão da 2ª Câmara de Julgamento, fls. 1634 e 1953, que embora juntados fisicamente e numerados como se um processo fosse, continuam nos sistemas de controle da SEF, como dois processos distintos.

As autuações versam sobre as seguintes irregularidades:

1) Constatou-se através de documentos apreendidos no estabelecimento da Autuada, a utilização de documentos fiscais falsos com a conseqüente entrada de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, por força do art. 149, inciso I do RICMS/02, no período de fevereiro a dezembro de 2004, conforme Auto de Infração nº 01.000154460-91 de fls. 02/04 e retificação de fls. 1961/1962.

Exige-se ICMS/ST, multa de revalidação em dobro com fundamento no art. 56, § 2º, inciso III e Multa Isolada do art. 55, inciso II, ambos, da Lei 6763/75, conforme Auto de Infração de fls. 02/04 e TAD de fls. 07, com as reformulações da capitulação legal e do crédito tributário procedidas às fls. 1959/62. As mercadorias objeto da autuação fiscal – auto peças – estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

2) Constatou-se através de documentos fiscais apreendidos (TAD 027744) no estabelecimento da Autuada, a impressão de documentos fiscais, sem autorização da repartição fazendária competente, de diversas empresas que relaciona, no ano de 2004, conforme Auto de Infração de fls. 1638/40 e retificação de fls. 1961 e 1963.

Os PTAs originários foram instruídos com os mesmos TADs e documentação a fim de demonstrar a responsabilidade dos Coobrigados, especialmente a responsabilidade de Osvaldo Saldanha de Almeida que não faz parte do Contrato Social do grupo empresarial CNM e Posto Trilha do Sol, além de outras empresas conforme documento de fls. 117 e seguintes.

Inconformada, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, conjuntamente, Impugnação às fls. 1455/1483 relativamente à primeira irregularidade e às fls. 1774/1802 para a segunda irregularidade, observando-se que as peças de impugnação têm o mesmo conteúdo jurídico com as adequações relativas a cada irregularidade cometida.

O Fisco apresenta Manifestação Fiscal às fls. 1530/1544 relativamente à primeira irregularidade, juntando os documentos de fls. 1545/1626, sendo que o TAD lavrado contra a CNM encontra-se às fls. 1590 e seguintes, lavrado na mesma data do TAD lavrado relativamente ao Posto Trilha do Sol.

Para a segunda irregularidade o Fisco se manifesta às fls. 1848/1862, juntando documentos de fls. 1864/1945 que são idênticos aos de fls. 1545/1626.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Após a juntada de documentos pelo Fisco, abriu-se vista à Autuada às fls. 1946/47. A Autuada, por seu procurador, declarou à fl. 1948 que examinou o PTA. O procedimento foi igual nos dois PTAs originários.

A 2ª Câmara de Julgamento converte o julgamento em diligência para que os PTAs sejam anexados, fls. 1953, como já esclarecido.

O Fisco encontra incorreções nas peças fiscais e altera a capitulação legal, motivando o seu procedimento às fls. 1959/60 e faz novo demonstrativo do crédito tributário.

Relativamente à capitulação legal, apresenta o quadro de fls. 1961 demonstrando a situação anterior e a atual.

À fl. 1962 faz o demonstrativo da base de cálculo do ICMS e multas do item 1 deste relatório.

À fl. 1963 faz o demonstrativo da multa isolada, item 2 deste relatório, oportunidade em que altera, para menos, o valor da UFEMG.

As alterações procedidas resultaram em diminuição do crédito tributário.

Os DCMs foram alterados, conforme fls. 1964/65.

O Fisco, em razão das alterações procedidas, reabre o prazo de Impugnação aos sujeitos passivos, conforme documentos de fls. 1966/67.

Os sujeitos Passivos reapresentam as Impugnações, através de procurador, separadamente para cada um dos PTAs originários, conforme documentos de fls. 1968/1996 e 1997/2023.

O Fisco manifesta-se às 2025/2026.

DECISÃO

Das preliminares de nulidade

Os Impugnantes arguem a nulidade dos Autos de Infração em face de:

1 – Falta de emissão de TAD para a Autuada, com a conclusão de que não havia ação fiscal regular para a CNM

Como dito no relatório acima, foram simultaneamente lavrados TADs para a Autuada, fls. 1590 e seguintes, e para o Posto Trilha do Sol, ambos estabelecimentos de propriedade do grupo empresarial dos Coobrigados, situados no mesmo endereço, qual seja, Rod. Anel Rodoviário Sul, 1200, na sala 01 (Posto Trilha do Sol) e na sala 04 (CNM), Montes Claros-MG.

Pelos documentos anexados pelo Fisco, após a Impugnação, verifica-se que não existe uma divisão perfeita, com autonomia ampla, de cada uma das empresas retro mencionadas, haja vista que em cada uma delas encontraram-se documentos dos sócios de fato e das demais empresas envolvidas, conforme se extrai dos documentos juntados às fls. 1545/1626, dentre outros.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com se vê da documentação anexada pelo Fisco, restou demonstrado que a documentação encontrada na sala 01 e na sala 04 pertence ao grupo Saldanha. Contudo, os TADs foram preenchidos levando-se em conta o endereço declarado para cada inscrição estadual. A análise da documentação deu-se, por certo, após a deslacreção da documentação apreendida, com a lavratura dos termos respectivos.

Neste diapasão, o Fisco buscou demonstrar, através de antecedentes, que se tratava do mesmo grupo empresarial, existindo várias autuações fiscais em andamento (quatorze Autos de Infração emitidos), somando mais de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões) em exigências de imposto e multas, contra o referido grupo.

A título ilustrativo, o Fisco trouxe às fls. 1853/54 a informação de que no processo nº 1.0433.01.037322-6/001, com a mesma irregularidade do item 1 do relatório acima, os Senhores Osvaldo Saldanha Almeida e Wender Saldanha da Fonseca tiveram condenação em ação penal de crime contra a ordem tributária confirmada pelo TJ/MG.

O Fisco traz também aos autos documentos que demonstram o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros/MG acolhendo denúncia do Ministério Público, fls. 102/122, e deferindo em 31/07/2006 a busca e apreensão, fls. 119, dentre outras providências, como o seqüestro de bens nos estabelecimentos e nas residências das pessoas denunciadas.

Frise-se, os Sujeitos Passivos elencados no Auto de Infração em apreço incluem-se entre as pessoas (física e jurídica) denunciadas.

Assim, como dito, foram encontrados documentos dos Sujeitos Passivos em diversos locais e estabelecimentos pertencentes a eles.

Por outro lado, restou demonstrado nos autos que foi lavrado o TAD – Termo de Apreensão e Depósito contra a CNM transportes, fls. 1590, bem como contra o Posto Trilha do Sol, fls. 07, marcando-se o início da ação fiscal, nos termos do art. 51, inciso II c/c o art. 54, inciso I, § 2º, ambos, da CLTA-MG, vigentes à época dos fatos, nos seguintes termos:

"Art. 51 - A autoridade fiscal que proceder ou presidir diligência que inicie medida de fiscalização, para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará, conforme o caso:

"II - Termo de Apreensão e Depósito (TAD), no qual será descrito, sumariamente e com clareza, a mercadoria e respectivo valor, o objeto ou o documento, inclusive arquivo magnético, apreendido;"

"Art. 54 - Fica dispensada a lavratura do TIAF nas seguintes hipóteses:

I - na constatação pelo servidor fiscal de flagrante infração à legislação tributária, bem como na fiscalização no trânsito de mercadorias;

§ 2º - Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, configurada a necessidade de lavratura do TAD, este conterà, para todos os efeitos legais, o momento do início da ação fiscal", [...].

Portanto, rejeita-se a preliminar deste item, em face da regular ação fiscal com a lavratura do TAD contra a Autuada.

2 – Motivação falsa no TAD ou no Auto de Infração

Primeiro, alegam os Impugnantes que a motivação no Auto de Infração é falsa, calcando-se em documentos apreendidos no estabelecimento da Autuada – CNM, enquanto que os documentos foram apreendidos no Posto Trilha do Sol Ltda.

Segundo, aduz, dentre outros argumentos, que o Fisco consignou no TAD que a ação fiscal estava acobertada por mandado de busca e apreensão, sendo que a apreensão se deu em TAD e não em Auto de Busca e Apreensão.

Quanto ao primeiro item acima, realmente o Fisco inicia o Auto de Infração com os seguintes dizeres “constatamos através de documentos fiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada, [...]”.

Ora, para o item 1 do relatório acima, “**entrada de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, em face da utilização de documentos fiscais falsos**”, a irregularidade foi comprovada com base nos documentos da Autuada, cujos originais foram anexados às fls. 15/101. Foi com base nestes documentos utilizados pela Autuada, registrados na sua contabilidade, que se apurou a irregularidade e o montante do crédito tributário.

Frise-se, não foram utilizados documentos apreendidos nas diligências que resultaram nos TADs noticiados para a acusação fiscal do item 1 do relatório acima.

A descrição epigrafada – *constatamos através de documentos fiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada* – não trouxe qualquer prejuízo à defesa, que foi exercida ampla e corretamente, demonstrando que o teor da acusação fiscal foi compreendido, e bem.

Neste sentido, os tribunais superiores, inclusive o STF, TRF, TJ/MG e de outros estados, o Conselho de Contribuintes da Receita Federal e o de Minas Gerais, dentre outros, têm o entendimento de que o conteúdo do Auto de Infração se sobrepõe à forma.

Senão veja-se:

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA. OMISSÃO DE REQUISITO. 1) PERFAZENDO-SE O ATO NA INTEGRAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS RECLAMADOS PARA A VALIDADE DA CERTIDÃO, HÁ QUE ATENTAR-SE PARA A SUBSTÂNCIA E NÃO PARA OS DEFEITOS FORMAIS QUE NÃO COMPROMETEM O ESSENCIAL DO DOCUMENTO TRIBUTÁRIO. [...] INEXISTIU PREJUÍZO PARA A DEFESA, QUE SE EXERCITOU PLENAMENTE. AGRAVO REGIMENTAL DENEGADO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AI 81681 AgR/MG. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO RELATOR: MIN. RAFAEL MAYER JULGAMENTO: 24/02/1981. (G.N.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRAZO PARA PAGAMENTO DE SALÁRIOS. 1. **A ERRÔNEA CAPITULAÇÃO NÃO INUTILIZA O AUTO DE INFRAÇÃO QUANDO OS FATOS ESTIVEREM DEVIDAMENTE NARRADOS, DE VEZ QUE O AUTUADO SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA AUTUAÇÃO.** (APELAÇÃO CÍVEL PROCESSO: 9304456339. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - QUARTA REGIÃO. QUINTA TURMA DATA DA DECISÃO: 14/12/1995. RELATOR(A): JUIZA LUIZA DIAS CASSALES. DECISÃO: UNÂNIME.) (G.N.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO: EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. [...] **IV - A CAPITULAÇÃO LEGAL EQUIVOCADA DA INFRAÇÃO PERPETRADA É IRRELEVANTE, POSTO QUE A EMBARGANTE DEFENDE-SE DOS FATOS, NÃO HAVENDO SE FALAR EM PREJUÍZO OU NULIDADE NO CASO SUB EXAMEN.** (APELAÇÃO CÍVEL - 324501. RELATOR: JUIZ ARICÉ AMARAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - TERCEIRA REGIÃO. SEGUNDA TURMA DECISÃO: A SEGUNDA TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO DO INSS E À REMESSA OFICIAL. DATA DA DECISÃO: 30/10/2001.) (G.N.)

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - A MENÇÃO INCORRETA NA CAPITULAÇÃO LEGAL DA INFRAÇÃO OU MESMO A SUA AUSÊNCIA, NÃO ACARRETA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, QUANDO A DESCRIÇÃO DOS FATOS DAS INFRAÇÕES NELE CONTIDA É EXATA, POSSIBILITANDO AO SUJEITO PASSIVO DEFENDER-SE DE FORMA AMPLA DAS IMPUTAÇÕES QUE LHE FORAM FEITAS. (PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. NÚMERO DO RECURSO: 121753. CÂMARA: OITAVA CÂMARA. NÚMERO DO PROCESSO: 10480.010570/97-11. DATA DA SESSÃO: 14/09/2000 (G.N.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. [...]. **I. A INDICAÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO DE DISPOSITIVO RELATIVO À ÉPOCA DE SUA LAVRATURA E NÃO DOS FATOS, NÃO CONDUZ À SUA NULIDADE QUANDO ESTES ÚLTIMOS FORAM CORRETAMENTE DESCRITOS, POSSIBILITANDO, ASSIM, AO CONTRIBUINTE, SUA AMPLA DEFESA, [...]** (REO - REMESSA EX-OFFICIO - 37689. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - TERCEIRA REGIÃO. TERCEIRA TURMA.

Portanto, em relação aos argumentos analisados, não assiste razão aos Impugnantes quanto ao pedido de nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao segundo argumento de que no TAD o Fisco colocou a motivação falsa “ordem judicial – 1ª Vara criminal da Comarca de Montes Claros”, também melhor sorte não assiste aos Impugnantes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como dito na preliminar analisada no item anterior, o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros/MG expediu o Mandado Judicial que determinava dentre outras providências a busca e apreensão e seqüestro de bens nos estabelecimentos e nas residências das pessoas arroladas no referido mandado.

Dando cumprimento à ordem judicial, o Ministério Público faz pedido às fls. 1943/44, em face do grande alcance e de envolverem muitas pessoas físicas e jurídicas e variados endereços (agências bancárias, cartórios, empresas, etc), que é deferido pelo juiz competente, conforme despacho à fl. 1943.

Importante ressaltar que o mandado judicial determinava a busca e apreensão de bens e valores. Assim sendo, foram abertas todas as salas e móveis em busca de tais bens e valores. A fiscalização não se encontrava mais diante de documentos trancados em móveis ou depósitos, mas sim diante dos próprios documentos.

Ora, o Fisco deparou-se com documentos de natureza fiscal e outros de interesse da fiscalização que apresentavam indícios de irregularidades, procedendo à apreensão dos mesmos, conforme preceitua a legislação tributária estadual, sem resistência dos Impugnantes, seus prepostos, procuradores, etc. Tanto assim, que após as diligências não houve protesto imediato contra as mesmas, e nem poderia em face da sua regularidade.

Neste diapasão, correto o procedimento do Fisco, que, realmente diante de possíveis fraudes à legislação tributária, não poderia quedar-se silente.

Pelo contrário, a legislação prescreve o dever de ação do Fisco e os procedimentos administrativos que deve seguir, dentre eles, a lavratura do Termo de Apreensão e Depósito – TAD, atualmente Auto de Apreensão e Depósito, para a apreensão de bens, mercadorias e documentos a teor do disposto no art. 42, § 1º da Lei 6763/75, como segue:

Art. 42 - (...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

RICMS/02:

Art. 202 - A apreensão será efetuada mediante a lavratura de Termo de Apreensão e Depósito (TAD), [...].

Portanto, a ação do Fisco foi pautada na Lei 6763/75 e no Regulamento do ICMS, obedecendo aos procedimentos previstos para o tipo de ação empreendida.

A motivação constante do TAD não o invalida, visto que os documentos foram apreendidos porque havia indícios de irregularidades, conforme foi amplamente verificado posteriormente. Inclusive, foram apreendidos blocos de notas fiscais falsas, em nome de diversos contribuintes, com notas fiscais emitidas para a

CNM Transportes e com notas fiscais em branco, o que motivou a segunda exigência fiscal, item 2 do relatório acima.

O conteúdo do TAD foi claro, objetivo e o deslacramento dos documentos foi acompanhado por representante dos Sujeitos Passivos. Não houve qualquer prejuízo à defesa que, repita-se, foi exercida ampla e corretamente.

Portanto, não há que se falar em nulidade pelos motivos acima expostos.

3 – Prova ilícita – que seja reconhecida a ilicitude das provas obtidas pelos agentes fiscais da Fazenda Pública Estadual na residência de Aparecida Fonseca dos Santos

Argumentam os Impugnantes que o art. 5º, da Constituição Federal estatui que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Ponderam que o art. 4º, inciso X da Lei 13.515/2.000 e art. 50 da Lei 6763/75 prevêm a possibilidade de recusa de exibição.

Advertem os Impugnantes que o art. 193 do RICMS/02 tem de ser entendido em consonância com o art. 191 do mesmo regulamento, nos estritos limites de sua função regulamentar, com o disposto nas leis retro mencionadas. Ressaltam que não podem ser tomadas como lícitas as provas coletadas pela Fazenda Pública Estadual, por diversas razões que elencam.

Da mesma forma que nas preliminares analisadas anteriormente, a fiscalização cumprindo ordem judicial para acompanhar o MP, deparou com documentos fiscais na residência de Aparecida Fonseca dos Santos e os apreendeu mediante a lavratura dos respectivos TADs – Termos de Apreensão e Depósito.

Às fls. 269 e seguintes tem-se o relatório dos documentos apreendidos na residência de Aparecida Fonseca dos Santos.

Todavia, como afirma o Fisco, o crédito tributário não foi apurado com base nestes documentos. E nem poderia, pois as exigências fiscais referem-se às notas fiscais falsas que acobertaram entradas de auto peças na CNM Transportes e aos blocos de notas fiscais falsos encontrados com notas fiscais emitidas e em branco.

Frise-se, estes documentos **não** fazem parte do acervo de documentos apreendidos na residência de Aparecida Fonseca dos Santos.

Entretanto, é importante ressaltar, que não houve resistência à apreensão dos documentos por parte dos Sujeitos Passivos e da Aparecida. Tanto assim, que não houve qualquer registro neste sentido pelas autoridades encarregadas da busca e apreensão.

Acrescente-se, ainda, que após a apreensão de documentos e bens, dentre outros, não houve protesto imediato contra as diligências e, repita-se, nem poderia em face da regularidade da ação da fiscalização.

Neste diapasão, a alegação de ilicitude da prova obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais na residência da Aparecida Fonseca Santos não ofende a garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio, **visto que**

havia ordem judicial de busca e apreensão na referida residência, onde foram encontrados documentos de interesse da fiscalização, que foram apreendidos, sem resistência, com a lavratura dos respectivos TADs.

Importante ressaltar, que procedimentos análogos aos dos autos, **mas sem mandado judicial**, já foram analisados pelo STF que os considerou regulares, conforme se extrai do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no **Habeas Corpus** nº 79.512-9.

Portanto, não há que se falar em imprestabilidade das provas que, frise-se, **não** foram utilizadas para fazer qualquer demonstrativo do crédito tributário, ou apurar o **quantum** devido, conforme será demonstrado no mérito de cada uma das irregularidades apuradas pelo Fisco.

Entretanto, a referida documentação apreendida na residência da Aparecida presta para provar, juntamente com outros documentos apreendidos em outros estabelecimentos, que o Senhor Osvaldo Saldanha Almeida, pai dos demais Coobrigados do Auto de Infração ora analisado, era o líder do grupo empresarial, possuindo a maior participação nos negócios. Mas, ressalte-se, a referida documentação apenas confirmou as inúmeras provas existentes contra os Coobrigados.

Portanto, não assiste razão aos Impugnantes quanto ao pedido de nulidade do Auto de Infração por vícios formais.

Do mérito

Conforme se depreende do relatório acima descrito, foram duas as irregularidades apontadas pelo Fisco contra os Sujeitos Passivos nomeados nos Autos de Infração sob análise, quais sejam:

1) Utilização de documentos fiscais falsos com a conseqüente entrada de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, por força do art. 149, inciso I do RICMS/02, no período de fevereiro a dezembro/2004;

2) Constatou-se através de documentos fiscais apreendidos (TAD 027744) no estabelecimento da Autuada, a impressão de documentos fiscais, sem autorização da repartição fazendária competente, de diversas empresas que relaciona, conforme Auto de Infração de fls. 1638/40.

Da eleição dos Sujeitos Passivos

A primeira irregularidade trata-se de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária acobertadas com notas fiscais falsas e a segunda trata-se de mandar imprimir ou imprimir documentos fiscais falsos encontrados no estabelecimento dos Coobrigados.

Portanto, houve fraude contra a Fazenda Estadual, visando à supressão de tributo devido, razão pela qual exige-se o ICMS-ST e multas pela entrada de mercadorias desacobertas de documentação fiscal no estabelecimento da Autuada. Estas mercadorias – autos peças – sujeitam-se ao regime da substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nestas hipóteses, quando existe infração à lei tributária, há responsabilidade solidária dos sócios-gerentes, administradores, diretores, dentre outros, na dicção do art. 135, III do CTN.

Os Sujeitos Passivos entendem que não há responsabilidade solidária na hipótese de fraude cometida por eles, uma vez que não foram individuados os atos praticados por cada um dos Coobrigados, conforme Impugnação à fl. 1475. Questionam ainda a menção do art. 21 da Lei 6763/75 constante dos Autos de Infração.

Ora, os Coobrigados mantiveram-se à frente da Organização-autuada desde seu início, seja na condição de sócios-gerentes, seja na condição de administrador ou equivalente.

O art. 121, parágrafo único, inciso II do CTN prevê que o responsável tributário é sujeito passivo da obrigação principal, cuja obrigação decorre de disposição expressa da lei, sem que o mesmo tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador.

Por outro lado, o artigo 124, inciso II, do CTN, prescreve que "são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei". O referido dispositivo do CTN possibilita que a lei da pessoa política competente para tributar gradue a responsabilidade dos obrigados.

Em outras palavras, a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva indireta, é forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o pólo passivo.

Assim, o artigo 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II da Lei 6763/75, dispõem:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

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

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.

A gestão e/ou administração dos Coobrigados, **com infração à lei tributária**, surge concomitantemente à obrigação tributária, e não após, como se daria

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

na hipótese de falta de pagamento do ICMS declarado e não pago no período regulamentar, como quer a Impugnação.

Observa-se que as decisões judiciais invocadas pelos Impugnantes referem-se à falta de pagamento de imposto declarado e não pago. Assim, diferem das hipóteses dos Autos de Infração sob análise.

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

O art. 135, incisos II e III, do CTN tem o mesmo alcance do § 2º acima descrito, e é aplicável a empresas que estejam ou não em atividade.

Infere-se do art. 135 do CTN que são pessoalmente responsáveis por créditos vindos de obrigação tributária de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, os mandatários, prepostos, administrador, sócio-gerente, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Na lição dos Professores Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 10ª ed. 1995, pág. 113), Werther Botelho Spagnol (Curso de Direito Tributário, 1ª ed. 2004, pág. 208) e Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e Tributário, 13ª ed. 2006, pág. 268), José Alfredo Borges (Notas de Aula/UFMG, inéditas), dentre outros, **a responsabilidade do art. 135 do CTN é solidária.**

Assim, correta a inclusão no pólo passivo da obrigação tributária, como Coobrigados – responsáveis solidários –, dos senhores Wender Saldanha da Fonseca, Wilda Olimak Saldanha, Osvaldo Saldanha Almeida e José Jaime Saldanha, a fim de coibir o abuso cometido por prepostos, por representantes, por administradores, por sócios-gerentes, por diretor ou equivalente, valendo-se da pessoa jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que quando há infração à lei, os sócios gerentes, administradores e outros respondem pela obrigação tributária como no AgRg no Ag 775621 / MG, julgado em 2.007, relator Ministro José Delgado, nos seguintes termos:

OS BENS DO SÓCIO DE UMA PESSOA JURÍDICA COMERCIAL NÃO RESPONDEM, EM CARÁTER SOLIDÁRIO, POR DÍVIDAS FISCAIS ASSUMIDAS PELA SOCIEDADE. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA IMPOSTA POR SÓCIO-GERENTE, ADMINISTRADOR, DIRETOR OU EQUIVALENTE SÓ SE CARACTERIZA QUANDO HÁ DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE OU SE COMPROVA INFRAÇÃO À LEI PRATICADA PELO DIRIGENTE. (G.N)

No mesmo sentido, o TJ/RS nos embargos infringentes nº 594124984, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, decidiu:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA (CTN ART. 135, III). SÓCIO GERENTE, QUE SE DEDITIU DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA NO CASO, DOS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ARTS. 10 E 16 DO DECRETO Nº 3.708, DE 10.01.19, VEZ QUE O AUTO DE APREENSÃO E O LANÇAMENTO DO ICMS, COM MULTA DECORREM DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI – OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E TRANSPORTE DA MESMA SEM A EMISSÃO DAS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS – PRATICADOS QUANDO O EMBARGANTE AINDA INTEGRAVA A SOCIEDADE NA QUALIDADE DE SÓCIO-GERENTE.

O TJ/MG, em recente decisão, por unanimidade, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

[...] O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

No mesmo processo, acompanhando o relator Des. Gouvêa Rios, a Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade após algumas considerações concluiu:

Isto colocado, vê-se, no caso concreto, que se encontra comprovado nos autos (f. 28 e 37) a administração irregular da sociedade com o uso indevido da alíquota reduzida e da venda mercantil fraudulenta, **pelo que respondem os sócios solidariamente. (g.n)**

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, com utilização indevida de notas fiscais falsas para acobertar a entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, suprimindo o pagamento do ICMS-ST que deveria ser pago na entrada das mercadorias, por força da legislação regente da matéria.

Também, ficou demonstrado que havia blocos de notas fiscais falsos com notas fiscais emitidas e em branco, em nome de contribuintes que negaram a autoria da fraude. As gráficas indicadas nos rodapés também negaram a autoria da falsificação. O assunto será tratado a seguir, detalhadamente, na análise da irregularidade 2.

Neste sentido, para uma fraude comprovada devem responder todos os Sujeitos Passivos, denominados nos Autos de Infração de Autuados e Coobrigados.

Primeira irregularidade: dar entrada em mercadorias com notas fiscais falsas e, por consequência, desacobertadas de documentação fiscal nos termos do art. 149, inciso I do RICMS/02

A primeira irregularidade, acima descrita, encontra-se comprovada nos autos pelas 1ªs vias das notas fiscais que acobertaram as entradas, documentos às fls. 15/101.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para as referidas notas fiscais foram publicados os atos de falsidade de páginas 09/12.

Após correção do Auto de Infração pelo Fisco com motivação às fls. 1959/60, capitulando-se a multa isolada pelo recebimento de mercadorias desacobertas de documentação fiscal no art. 55, inciso II e a multa de revalidação no art. 56, § 2º, inciso III, ambos, da Lei 6763/75, reabrindo-se o prazo de Impugnação aos Sujeitos Passivos às fls. 1966/67, com demonstrativo do crédito tributário à fl. 1962, o trabalho fiscal encontra-se elaborado de forma correta e dentro dos preceitos da legislação estadual.

Os Impugnantes pouco questionaram o mérito do trabalho. A estratégia da defesa foi de atacar o Auto de Infração pelas preliminares de nulidade.

Destaca-se para esta irregularidade, o fato do relatório do Auto de Infração conter a expressão “constatamos através de documentos apreendidos no estabelecimento da Autuada” que os Impugnantes entendem anular o Auto de Infração, em razão de falsa motivação.

Entretanto, para motivar materialmente a presente irregularidade foram anexados os documentos de fls. 15/101, que fazem parte da contabilidade da Autuada, pois são documentos que comprovam o recebimento das mercadorias em seu estabelecimento.

Assim, como dito na preliminar, apenas esta imperfeição no relatório do Auto de Infração não o vicia. A jurisprudência é firme no sentido de que o conteúdo do Auto de Infração se sobrepõe à forma.

Quanto à alegação dos Impugnantes de que não utilizaram documentos fiscais falsos, pois se tivesse utilizado ter-se-ia apropriado o crédito, não lhes assiste razão. As mercadorias – auto peças – que foram acobertadas pelas notas fiscais falsas, nos meses fevereiro a dezembro de 2004, estavam sujeitas ao regime da substituição tributária interna (no Estado de Minas Gerais), portanto, não gerando créditos à Autuada.

Pelo contrário, caberia à Autuada recolher o imposto devido por substituição tributária se o alienante/remetente não o fizesse, no recebimento das mercadorias em seu estabelecimento.

Ressalta-se às fls. 15 e seguintes a observação no campo DADOS ADICIONAIS das notas fiscais falsas: “**OBS: ICMS retido por substituição tributária em operação anterior**”. Com esta observação e a falsidade das notas fiscais, os Sujeitos Passivos deixaram de recolher o ICMS-ST devido por substituição tributária, pela Autuada.

Quanto à multa de revalidação de 100% (cem por cento) e não de 200% (duzentos por cento) como quer a peça de impugnação ao argumento de confiscatória, trazendo jurisprudência de tribunais, não assiste razão a Impugnante.

Ora, a referida multa de revalidação decorre da natureza da obrigação tributária, oriunda do regime de substituição tributária, prevista expressamente no art.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

56, § 2º, inciso III da Lei 6763/75, sem mácula de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

“Art. 56 - (...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária”. (g.n)

A Multa Isolada aplicada está de conformidade com as prescrições do art. 55, II da Lei 6763/75.

Portanto, corretas as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, § 2º, inciso III da Lei 6763/75 e Multa Isolada do art. 55, inciso II do mesmo diploma legal, com as adequações procedidas pelo Fisco à fl. 1962.

Segunda irregularidade: constatou-se através de documentos fiscais apreendidos (TAD 027744) no estabelecimento da Autuada, a impressão de documentos fiscais, sem autorização da repartição fazendária competente, de diversas empresas que relaciona, conforme Auto de Infração de fls. 1638/40

Para esta irregularidade foi exigida a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso V da Lei 6763/75, que prescreve:

“Art. 54 - (...)

V - por imprimir ou mandar imprimir documento fiscal [...] - 1.000 (mil) UFEMGs por documento”;

Nesta irregularidade discute-se também a questão de citação do TAD – Termo de Apreensão e Depósito nº 027744, que apreendeu os blocos de notas fiscais falsas no escritório do Posto Trilha do Sol Ltda, localizado no mesmo endereço da Autuada, porém na sala 01, enquanto que a Autuada tem como endereço a sala 05.

A matéria relativamente à nulidade argüida foi tratada na preliminar.

Buscando comprovar esta irregularidade, o Fisco cuidou de fazer diligências nas gráficas que constam nos rodapés dos documentos falsos e nas empresas em nome das quais os documentos fiscais foram impressos e alguns emitidos.

Em razão destas diligências foram juntados os documentos de fls. 1648/1684. São as declarações das gráficas negando a impressão dos documentos fiscais e dos supostos emitentes negando que tenham mandado imprimir ou emitido os documentos falsos. **Em síntese, negam sob as penas da lei a participação na fraude.**

Ora, como os blocos dos documentos fiscais falsos com as notas fiscais emitidas e utilizadas pela Autuada e as notas fiscais em branco encontravam-se em estabelecimento dos Coobrigados, no mesmo endereço da Autuada, mas em outra sala, o Fisco concluiu tratar-se de fraude efetuada pela Autuada e pelos Coobrigados, em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

razão da negativa das gráficas e supostos emitentes das referidas notas fiscais e, ainda, da Autuada ter-se beneficiado com a entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária acobertadas por parte dessas notas fiscais falsas.

Neste diapasão, a acusação fiscal é no sentido de que os sujeitos passivos mandaram imprimir ou imprimiram os referidos documentos fiscais falsos.

A defesa alega que as declarações dadas por terceiros (gráficas e supostos emitentes) são uniformes no sentido de que não imprimiram ou mandaram imprimir os documentos falsos, mas, em nenhum momento eles atestam que a Autuada imprimiu ou mandou imprimir os documentos falsos.

Ora, infere-se dos autos que o Fisco diligentemente buscou a autoria da fraude junto às gráficas que constam nos rodapés dos referidos documentos, bem como nas empresas que supostamente os emitiram.

Com a negativa de tais empresas, e considerando que os blocos de notas fiscais falsas foram encontrados e apreendidos em estabelecimento dos Sujeitos Passivos e que a Autuada se beneficiou com a emissão de notas fiscais falsas, dando entrada em mercadorias sujeitas à substituição tributária e, ainda, diante da falta de justificativa dos Sujeitos Passivos, a presunção é de que os documentos são de quem os têm na posse e deles se beneficiaram. Frise-se, os Sujeitos Passivos.

Importante ressaltar que a defesa buscou desconstituir o trabalho fiscal com simples alegações de que não foram os Coobrigados e a Autuada os autores das fraudes. Todavia, não há nos autos qualquer evidência de que as fraudes possam ter sido engendradas por outra(s) pessoa(s).

Quanto ao argumento de conexão das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, não se verifica conexão entre as penalidades aplicadas pelos fatos contidos nas irregularidades 1 e 2 do relatório acima, como querem os Impugnantes.

A primeira irregularidade, constante do AI 01.000154460-91, tratou da entrada de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal em face de utilização de notas fiscais falsas, a teor do artigo 149, inciso I do RICMS/02, punida com a Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei 6763/75.

A segunda irregularidade, constante do AI 01.000154465-80, originou-se do fato dos Impugnantes terem imprimido ou mandado imprimir documentos fiscais falsos, punida com a Multa Isolada do art. 54, inciso V da Lei 6763/75, calculada em razão da quantidade de documentos imprimidos.

Portanto, correta a exigência da Multa Isolada do art. 54, inciso V da Lei 6763/75.

Quanto aos argumentos de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual contidos tanto na Impugnação do item 1, quanto na do item 2 do relatório acima, é vedado ao órgão julgador administrativo apreciar a referida matéria, conforme disposto no art. 110 do RPTA, nos seguintes termos:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, [...];

II- a aplicação de equidade.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não elidem o feito fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar arguição de nulidade dos Autos de Infração. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedentes os lançamentos, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1961/1963 dos autos. Vencido, em parte, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, que os julgava improcedentes. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Fernando José Dutra Martuscelli e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. José Benedito Miranda. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Edvaldo Ferreira.

Sala das Sessões, 22 de abril de 2008.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator