

Acórdão: 22.158/16/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000421627-08
Impugnação: 40.010140242-09, 40.010140243-81 (Coob.)
Impugnante: F. A. S. Itagiba
IE: 690082003.00-04
Fernando Antônio Silva Itagiba (Coob.)
CPF: 605.821.386-04
Proc. S. Passivo: Dalmar do Espirito Santo Pimenta/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA – CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada com as notas fiscais emitidas no mesmo período, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, com adequação ao disposto no § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75. O Fisco, ainda, majorou a multa isolada em 100% (cem por cento) para todo o período autuado, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei. Contudo, deve ser retificada a majoração da multa isolada, adequando-a ao percentual de 50% (cinquenta por cento) em relação aos fatos ocorridos no período de junho de 2011 a fevereiro de 2013.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Acusação fiscal de que a Autuada, no período de abril de 2011 a fevereiro de 2013, promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Irregularidade apurada mediante confronto dos valores constantes em notas fiscais de saída e a respectiva escrituração fiscal com os dados obtidos de arquivos eletrônicos regularmente copiados e apreendidos no estabelecimento autuado, em

cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão exarado pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora - MG (fls. 22/23).

Inclusão do sócio da empresa autuada no polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Conforme informação do Fisco, no período de 08/04/00 a 15/07/13, a empresa possuía a razão social PapelPlastic Transporte e Distribuição Ltda, tendo como sócio-administrador o Coobrigado Fernando Antônio Silva Itagiba.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II e § 2º da mesma lei, majorada em 100% (cem por cento) nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 60/75, requerendo, ao final, a procedência da impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 91/98, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 102/110, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas. No mérito, pela procedência parcial do lançamento, para retificar a majoração da multa isolada, restringindo-se ao percentual de 50% (cinquenta por cento) no tocante aos fatos ocorridos no período de junho de 2011 a fevereiro de 2013.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Os Impugnantes requerem a nulidade do Auto de Infração sob alegação de que a irregularidade constatada pelo Fisco surgiu apenas por mera presunção e que não há nos autos qualquer prova de que as vendas apontadas pelo Fisco (documentos extrafiscais) tenham de fato ocorrido.

Verifica-se, entretanto, que essa nulidade arguida se confunde com a matéria meritória, portanto, será melhor analisada mais adiante.

Conforme se verá no exame de mérito, não assiste razão aos Impugnantes, uma vez que o trabalho fiscal não se baseou em meras presunções, e que os fatos se encontram devidamente demonstrados nos autos.

Os Impugnantes querem delegar ao Fisco a comprovação de que os valores constantes nas notas fiscais autuadas refletem os reais valores das operações.

Entretanto, o ônus dessa prova é da Defesa, uma vez que compete a ela demonstrar que as vendas lançadas nos pedidos não se concretizaram.

Não é o fato de os Impugnantes discordarem da infringência que lhe é imputada, que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a eles comprovarem as suas alegações.

Por outro lado, os Impugnantes não apresentam qualquer prova ou evidência de que não houve venda de mercadorias sem documentação fiscal, apenas alegam que o Fisco não pode intervir nos negócios realizados pela empresa e que os documentos extrafiscais tratam de simples expectativa de venda.

Cumpra registrar que todos os procedimentos administrativos pertinentes à formalização do crédito tributário, incluindo as intimações, cominações legais de infringências e penalidades que motivaram as exigências fiscais se encontram regularmente capituladas e demonstradas, tendo sido observados todos os seus ditames.

Desse modo, rejeita-se a nulidade arguida.

Do Mérito

Vale reiterar que o presente trabalho trata da acusação fiscal de que a Autuada, no período de abril de 2011 a fevereiro de 2013, promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Irregularidade apurada mediante confronto dos valores constantes em notas fiscais de saída e a respectiva escrituração fiscal com os dados obtidos de arquivos eletrônicos regularmente copiados e apreendidos no estabelecimento autuado, em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão exarado pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora - MG (fls. 22/23).

Inclusão do sócio da empresa autuada no polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Conforme informação do Fisco, no período de 08/04/00 a 15/07/13, a empresa possuía a razão social PapelPlastic Transporte e Distribuição Ltda, tendo como sócio-administrador o Coobrigado Fernando Antônio Silva Itagiba.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II e § 2º da mesma lei, majorada em 100% (cem por cento) nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

O Fisco juntou aos autos a mídia eletrônica de fls. 49, contendo todos os arquivos eletrônicos com os dados que fundamentaram o lançamento, cuja cópia foi devidamente entregue aos Autuados (fls. 53/56).

De acordo com as informações constantes do Relatório Fiscal, em ação conjunta com a Polícia Militar, realizada em cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão (fls. 22), o Fisco gerou, no estabelecimento autuado, utilizando-se de equipamento SOLO IV, cópias e imagens dos conteúdos dos discos rígidos de computadores, devidamente autenticados por algoritmo de geração de padrão *hash* internacional (SHA1), conforme registrado no Auto de Copiagem de fls. 23.

Dentre os diversos arquivos eletrônicos, cujas imagens foram copiadas dos discos rígidos dos computadores utilizados pela Autuada, o Fisco identificou vários

bancos de dados em SQL e *Firebird*, os quais foram convertidos para o formato .mdb (*Microsoft Access*).

O banco de dados utilizado no presente trabalho se encontrava na imagem SUDE0205, tamanho 279,4Gb (Servidor de Dell – disco 2), denominado **datacgestao.fdb** (*backup* de banco de dados fdb), o qual foi convertido em um banco de dados *Microsoft Access* para auditoria, denominado **datacgestão.mdb**.

Para a formalização do crédito tributário, o Fisco analisou diversos campos das Tabelas denominadas “ctblanc”, “ctbconta”, “pessoa” e “fce e fcebkp”, extraídas do mencionado banco de dados, citadas às fls. 09 dos autos.

Foi realizada a identificação das saídas extrafiscais, associando as citadas tabelas com informações fiscais contidas nas notas fiscais de saída emitidas pelo Contribuinte.

A correlação entre as notas fiscais de saída do Contribuinte e a respectiva saída extrafiscal foi obtida utilizando-se diversas chaves primárias das referidas tabelas do arquivo **datacgestão.mdb** (Documento, Qtde, Cnpjcpf, Produto) comparadas com campos constantes da escrita eletrônica fiscal (Número de NF, Quantidade, Código do produto, Razão Social do Destinatário), conforme Apêndice 1 de fls. 19/20, constatando a diferença correspondente à irregularidade em comento.

As tabelas de fls. 10/12 dos autos demonstram a correspondência entre a saída extrafiscal e a respectiva nota fiscal de saída de uma determinada amostra de notas fiscais de saída.

Conforme informação do Fisco, cada documento extrafiscal de venda pode ser, ou não, associado a uma nota fiscal de saída. No caso em que o documento extrafiscal está associado à nota fiscal de saída, esta é emitida com quantidade de mercadorias abaixo da constante do respectivo documento extrafiscal, e, no caso de não haver associação, tem-se o desacobertamento total de documentação fiscal.

Assim, com base nas tabelas geradas pela própria Contribuinte no referido banco de dados, o Fisco promoveu a consolidação das informações relativas às saídas desacobertas efetuadas pela Autuada, elaborando as seguintes planilhas em Excel:

- “**Levantamento das Saídas Extra-Fiscais**” -Anexo II dos autos (fls. 25/29 - amostragem impressa e totalidade em CD de fls. 49) – apresenta os documentos extrafiscais de venda que não foram associados a uma nota fiscal;

- “**Levantamento das Saídas Extra-Fiscais com NF correspondente**” - Anexo III dos autos (fls. 30/34 - amostragem impressa e totalidade em CD de fls. 49) – apresenta os documentos extrafiscais de venda lastreados por nota fiscal de saída;

- “**Correspondencia NF x Cheque**” – Anexo IV dos autos (fls. 35/42 - amostragem impressa e totalidade em CD de fls. 49) – apresenta as origens de pagamento relativo aos documentos extrafiscais lastreados por nota fiscal de saída.

O Fisco acrescentou a informação de que todas as associações de banco de dados realizadas para a elaboração das planilhas “**Levantamento das Saídas Extra-Fiscais**” e “**Levantamento das Saídas Extra-Fiscais com NF correspondente**” estão

explicitadas no Apendice I (fls. 19/20), para melhor entendimento e memória de cálculo.

E, a associação de banco de dados para a elaboração da planilha “**Correspondencia NF x Cheque**” é apresentada no Apendice II (fls. 21), incluindo pagamentos de terceiros/clientes de clientes.

Ressalta-se que o Fisco comprova, inclusive, os pagamentos recebidos pela Autuada, relativos aos documentos extrafiscais associados à nota fiscal, cujos valores foram quitados pelos clientes, mediante dinheiro ou cheque, conforme demonstrado na citada planilha “**Correspondencia NF x Cheque**” e, a título de exemplo, na manifestação fiscal às fls. 95 dos autos.

Observa-se que tal fato somente reforça a robustez do trabalho fiscal, em que se constatou saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, mediante associação entre os registros extrafiscais e a escrita fiscal da Autuada, sendo que alguns documentos extrafiscais possuem lastro com nota fiscal, e outros não. Mas todos foram devidamente registrados no Sistema Gerenciador de Banco de Dados da Contribuinte, inclusive compartilhando os mesmos dados (razão social destinatário, CNPJ/CPF, código produtos).

Conforme evidenciado na planilha “Formalização do Crédito Tributário”, Anexo I dos autos (fls. 24), a carga tributária real mensal de saídas foi apurada com base nos registros do Contribuinte, relativos às saídas acobertadas com nota fiscal, constantes da escrita fiscal.

Pelo exposto, verifica-se que, ao contrário do alegado pelos Impugnantes, o trabalho fiscal não se baseou em meras presunções, e que os fatos se encontram devidamente demonstrados nos autos, comprovando inequivocamente a acusação fiscal de saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal.

Por outro lado, os Impugnantes comparecem aos autos, mas não apresentam qualquer evidência de que não houve venda de mercadoria sem documentação fiscal, apenas alegam que o Fisco não pode intervir nos negócios realizados pela empresa e que os documentos extrafiscais tratam de simples expectativa de venda.

Também não procede o entendimento dos Impugnantes de que uma das provas essenciais à constatação da prática de saída desacoberta de documento fiscal seria a comprovação de entrada no cliente da Autuada das pretensas vendas efetuadas com documentação extrafiscal.

Certamente, o cliente registrará em sua escrita fiscal somente os dados constantes em nota fiscal.

Diante do conjunto probatório dos autos, percebe-se a improcedência da alegação da Defesa de que o Fisco fundamenta o lançamento em presunção.

Assim, corretas as exigências de ICMS e da multa de revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

Exige-se, ainda, a penalidade prevista no inciso II e § 2º do art. 55 da mencionada lei, tendo em vista a constatação de saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacoberta de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

Em razão da constatação de reincidência, o Fisco majorou a penalidade isolada exigida em 100% (cem por cento), em todo o período autuado, nos termos do disposto na Lei nº 6.763/75 - art. 53, §§ 6º e 7º, *in verbis*:

Art. 53.

(...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 7º A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

(Grifou-se)

Analisando os documentos comprobatórios da reincidência acostados aos autos pelo Fisco às fls. 50/52, constata-se que as autuações que fundamentaram a citada majoração são as seguintes:

- PTA nº 04.002040594-64: exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 - crédito tributário quitado em 12/05/06;

- PTA nº 04.002122463-59: exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da citada lei - crédito tributário quitado em 03/09/08.

Observa-se que o § 6º acima transcrito dispõe que a reincidência é caracterizada pela prática de nova infração, cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo.

Considerando que, em relação ao PTA nº 04.002040594-64, o crédito tributário foi quitado em 12/05/06, verifica-se que o referido processo gera efeitos para reincidência somente até maio de 2011 (dentro de cinco anos), conforme pesquisa de reincidência realizada por este Órgão às fls. 101.

Já em relação ao PTA nº 04.002122463-59, como o correspondente crédito tributário foi quitado em 03/09/08, os efeitos desse processo para reincidência abrangem todo o período autuado, que se refere ao período de abril de 2011 a fevereiro de 2013.

Dessa forma, para que a majoração da multa isolada esteja em consonância com a legislação supra, deve ser retificado o crédito tributário, para que a majoração da multa isolada se restrinja ao percentual de 50% (cinquenta por cento) no tocante aos fatos ocorridos no período de junho de 2011 a fevereiro de 2013, sendo mantida em 100% (cem por cento) para o período anterior de abril a maio de 2011.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto à alegação de que as multas impostas são desproporcionais revelando-se confiscatórias, conveniente destacar que os valores exigidos são decorrentes de disposição expressa em lei, que determina os percentuais a serem aplicados sobre a base de cálculo estabelecida, não cabendo ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75.

Procedente também é a inclusão no polo passivo da obrigação tributária do sócio-administrador da empresa autuada, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

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

Lei nº 6763/75

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 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:

(...)

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.

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária ao referido Coobrigado, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando deu saída de mercadorias desacompanhada de documentação fiscal, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido.

Induvidoso, portanto, que o Coobrigado tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos, caracteriza a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta do Coobrigado com intuito de lesar o Erário Estadual.

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para retificar a majoração da multa isolada, restringindo-se ao percentual de 50% (cinquenta por cento) no tocante aos fatos ocorridos no período de junho de 2011 a fevereiro de 2013, nos termos do parecer da Assessoria. Pelos Impugnantes, sustentou oralmente o Dr.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dalmar do Espírito Santo Pimenta e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Maria Gabriela Tomich Barbosa.

Sala das Sessões, 25 de agosto de 2016.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor**

**Alan Carlo Lopes Valentim Silva
Relator**

IS/D

CC/MIG