

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.001/08/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000157372-31
Impugnação: 40.010122498-07
Impugnante: R & L Comercial de Elásticos Ltda.
IE: 439294195.00-48
Proc. S. Passivo: André Luiz Montesano de Carvalho
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatadas entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas mediante o confronto entre documentos regularmente escriturados e documentos extrafiscais, regularmente apreendidos no estabelecimento comercial da Autuada. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no inciso II do artigo 55 da Lei 6763/75. Contudo, a Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei 6763/75, relativa às entradas desacobertas, deve ser limitada a 15% (quinze por cento) do valor das operações, nos termos do art. 55, § 2º do mesmo diploma legal. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de março a agosto de 2006, constatadas pelo Fisco mediante documentos extrafiscais regularmente apreendidos no estabelecimento da Autuada, os quais comprovam a ocorrência de operações fictícias articuladas em conluio com a empresa industrial remetente sediada no Estado de Santa Catarina e com a empresa transportadora.

Exige-se, sobre as entradas desacobertas, Multa Isolada prevista no inciso II do artigo 55 da Lei 6763/75 (demonstrada à fl. 08) e, sobre as saídas, o ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada (40%) prevista no inciso II do artigo 55 da referida Lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído (fl. 422), Impugnação às fls. 415/420.

Afirma que o Fisco formalizou o crédito tributário com base em presunção, descumprindo, assim, os artigos 114, 116 e 142 do Código Tributário Nacional, o que resultaria em nulidade do Auto de Infração; diz que para apuração do ICMS a Fiscalização tomou por base a alíquota mais alta; alega que não foi apurado nada que comprove que as saídas tenham sido efetuadas de forma paralela; afirma que a acusação fiscal é precária, eis que baseada em documentação estranha a ela, Autuada.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco, em manifestação de fls. 428/435, refuta, pontualmente, as alegações da defesa, propugnando pela procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 438/444, opina pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 18/06/2008, presidida pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista do processo formulado pelo Conselheiro Mauro Heleno Galvão, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 24/06/2008.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: o Conselheiro Edvaldo Ferreira (Relator) e o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, pela procedência do lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente, Dr. André Luiz Montesano de Carvalho e, pela Fazenda Pública Estadual, Dr. Maurício Bhering Andrade.

DECISÃO

O parecer da Assessoria será adotado na motivação da presente decisão com adequações e acréscimos.

Da Preliminar

A Impugnante cogitou de nulidade da autuação (fl. 419), sob o pretexto de que o crédito tributário está baseado em presunção e que a Fiscalização inobservou o disposto nos artigos 114, 116 e 142 do CTN.

Nesse aspecto, é de se notar que o Auto de Infração descreve com clareza a infração praticada, identifica os artigos infringidos e demonstra os valores do crédito tributário exigido, tudo nos exatos termos dos incisos IV a VI do artigo 57 e artigo 58 da CLTA/MG, vigente à época.

Quanto à alegação que em momento algum foi notificado do trabalho fiscal, basta observar o documento de fl. 02 dos autos, ou seja, o Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF nº 10.070000356.73, de 23/04/07, além dos Termos de Apreensão e Depósito de fls. 27 e 28.

Toda a ação promovida junto à Autuada revestiu-se das formalidades cabíveis, norteando-se pela Lei 6.763/75, pelo RICMS/02 e pela CLTA/MG (esta então vigente), não tendo cabimento, por isso, qualquer alegação de violação ao Princípio da Legalidade.

Importante ressaltar que a Autuada defende-se dos fatos a ela imputados e estes encontram-se descritos claramente no Auto de Infração. Não houve qualquer prejuízo à defesa, que foi exercida ampla e plenamente, demonstrando que a acusação fiscal foi compreendida, e bem.

Neste sentido, os tribunais superiores, inclusive o STF, têm entendimento de que o conteúdo do Auto de Infração se sobrepõe à forma. O Autuado defende dos fatos e não da Autuação. Também, vem decidindo no mesmo sentido o TJ/MG e de outros

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estados, o Conselho de Contribuintes da Receita Federal e o de Minas Gerais, dentre outros.

Ademais, o fato de o Sujeito Passivo discordar das acusações que lhe são imputadas não retira a presunção de legitimidade do lançamento. Destarte, inexistente o vício material argüido pela Impugnante, não havendo que se falar em nulidade da autuação.

Portanto, rejeita-se a preliminar de nulidade.

Do Mérito

Conforme relato acima, a autuação versa sobre exigência de ICMS, multa de revalidação e multa isolada, em decorrência de entradas e saídas de mercadorias no estabelecimento da Autuada desacobertadas de notas fiscais, viabilizadas por operações fictícias articuladas em conluio com a empresa industrial remetente, sediada no Estado de Santa Catarina, e com a empresa transportadora, tudo apurado por meio de diversos documentos apreendidos em procedimento de busca e apreensão administrativa e de informações e documentos obtidos na fase preliminar de fiscalização.

Em virtude do *modus operandi* implementado pela Impugnante para sonegação do ICMS não ser considerado corriqueiro, exigiu-se um trabalho investigativo por parte do Fisco mineiro, o qual merece ser detalhado para bem aclarar o que foi constatado.

O trabalho fiscal se iniciou com o reconhecimento do esquema articulado pela empresa Autuada, que operava em conluio com outras duas empresas: a indústria de elásticos para confecções Zanotti S/A – CNPJ. 78.256.336/0001-07 -, com sede na cidade de Jaraguá do Sul – SC, fabricante e remetente das mercadorias, e a empresa transportadora Joinvillense Cargas Express Ltda – IE. 702.340904.0111 -, estabelecida em Juiz de Fora – MG, mas com matriz na cidade de Joinvile - SC.

A empresa Zanotti S/A promovia saída de mercadorias **emitindo notas fiscais em nome do destinatário Fábio Luiz Ferreira Baptista -ME, estabelecido no município de Bom Jesus do Norte – ES**, e estas mercadorias, por intermediação da filial da empresa de transportes Joinvillense em Juiz de Fora, eram de fato, **desviadas para o estabelecimento da Impugnante, na cidade de Muriaé, que por sua vez, as revendia a empresas comerciais e industriais na Zona da Mata mineira.**

Procedimentos preliminares de investigação no endereço do pseudo-destinatário Fábio Luiz Ferreira Baptista - ME, realizados em 16/08/06 na cidade de Bom Jesus do Norte – ES, resultaram na constatação de que **essa empresa jamais adquiriu mercadorias da Zanotti S/A**. E nem haveria motivo para tal, pois não revende nem nunca revendeu elásticos ou confeccionou roupas em que os empregasse, sendo seu negócio, exclusivamente, o comércio varejista de artigos do vestuário e bijuterias, como comprovam as fotos do Anexo 02 ao Auto de Infração (fls. 31 e 32 dos autos) e a declaração proferida pela Senhora Ellen de Cássia Silveira Faial Baptista, gerente da loja, esposa do Sr. Fábio L F Baptista e também proprietária de fato da empresa, documento este juntado no mesmo Anexo 02 (fl. 33 dos autos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em 17 de agosto de 2006, dia seguinte ao da identificação do pseudo-destinatário capixaba, o Fisco promoveu diligência junto à empresa Joinvillense Cargas Express Ltda., em Juiz de Fora, onde foram encontradas cargas destinadas a Fábio Luiz Ferreira Baptista - ME. No momento da ação fiscal, o gerente da transportadora, Sr. Wagner de Araújo Dias, informou aos agentes do Fisco **que aquelas mercadorias seriam entregues diretamente ao destinatário, no Estado do Espírito Santo, ou ao Sr. Rocha, representante comercial, sendo estes procedimentos os costumeiros para os casos de cargas recebidas da Zanotti S/A e despachadas àquele destinatário capixaba.** Esse fato evidenciou o envolvimento da empresa transportadora no ilícito, diante das averiguações levadas a efeito no contribuinte capixaba no dia anterior. Posteriormente, foi identificado o mencionado “Sr. Rocha” como sendo Francisco das Chagas Rocha, sócio majoritário da Autuada.

Em procedimento de busca e apreensão administrativa realizado em 18 de agosto de 2006 nos dois estabelecimentos da empresa Impugnante, localizados na cidade de Muriaé, foram apreendidos os documentos fiscais e extrafiscais para se proceder à análise das operações do Contribuinte, organizados nos Anexos 03 (fl. 35), 06 (fl. 203), 07 (fl. 285) e 08 (fls. 409) ao Auto de Infração. O Fisco verificou na ocasião que o espaço físico destinado ao escritório da Demandante, localizado na Rua Irmã Gertrudes Monosi, nº 130, Bairro São Francisco, Muriaé, também abrigava o escritório da empresa de representações Rafael & Rocha, tendo estas duas empresas, sócios comuns.

O mencionado Anexo 03 (fls. 35 a 38) contém **fotocópias de recortes de caixas de papelão da empresa Zanotti S/A encontradas no depósito fechado e na loja da empresa autuada, nas quais consta a indicação do destinatário “Fábio Luiz Ferreira Baptista – ME”,** o que veio demonstrar que o real destino das mercadorias endereçadas a este contribuinte era a empresa Autuada.

No Anexo 06 do Auto de Infração (fls. 203 a 284), foram reproduzidas, em fotocópias, as folhas de uma agenda pertencente à empresa Impugnante, encontrada e apreendida em seu depósito fechado. Nas referidas folhas estão consignados, nas datas dos seus vencimentos, pagamentos de faturas em nome de “Fábio”, correspondentes às notas fiscais emitidas pela Zanotti S/A em nome de Fábio Luiz Ferreira Baptista – ME. No Quadro 01, anexo ao Relatório Fiscal-Contábil (fls. 14 a 19), **estão relacionadas as notas fiscais emitidas em nome de Fábio Luiz Ferreira Baptista - ME e os correspondentes lançamentos de pagamentos, com indicação das folhas da agenda em que foram lançados.**

No Anexo 07 ao Auto de Infração (fls. 285 a 408), encontram-se fotocópias de documentos intitulados “**Consultar Títulos**”, apreendidos no depósito fechado da empresa autuada. Tais documentos referem-se a notas fiscais emitidas por Zanotti S/A em nome de Fábio Luiz Ferreira Baptista - ME, todavia destinadas, de fato, a contribuintes mineiros por meio de intermediação da Autuada ou destinadas à sua própria loja, na cidade de Muriaé, contendo informações como: número e data de emissão da nota fiscal, valor total em reais, o nome do cliente “Fábio Luiz”, as mercadorias relacionadas, com quantidades e valores unitários, número do pedido e número da duplicata correspondente. Além disso, alguns deles contêm os nomes dos

reais destinatários das mercadorias, contribuintes da região da Zona da Mata Mineira. Nos Quadros 01 e 02, anexos ao Relatório Fiscal-Contábil, às fls. 14 a 25 dos autos, estão relacionadas as notas fiscais emitidas em nome de Fábio Luiz Ferreira Baptista - ME e as folhas do relatório a elas correspondentes.

No Anexo 08 ao Auto de Infração (fls. 409 a 412), estão apenas notas fiscais emitidas por Zanotti S/A, tendo como destinatário o contribuinte capixaba Fábio Luiz Ferreira Baptista - ME, documentos estes apreendidos no depósito fechado da empresa autuada. Essas notas comprovam, mais uma vez, que as mercadorias se destinavam, de fato, à Autuada, não seguindo para o destinatário indicado no documento fiscal.

Da análise da documentação fiscal obtida junto ao Fisco catarinense e dos documentos extrafiscais apreendidos na operação levada a efeito nos estabelecimentos da Impugnante, **restou comprovado que as mercadorias acobertadas por notas fiscais da Zanotti S/A endereçadas a Fábio Luiz Ferreira Baptista - ME, destinavam-se à empresa autuada que, por sua vez, fazia as encomendas, efetuava os pagamentos das faturas à Zanotti S/A e destinava as mercadorias a outros contribuintes mineiros, promovendo, desta forma, operações de revenda de mercadorias.**

Nessas operações, ora as mercadorias passavam fisicamente pelo depósito fechado da Autuada, como comprovaram os recortes de embalagens do Anexo 03 do Auto de Infração, ora saíam diretamente do estabelecimento da transportadora, em Juiz de Fora, para clientes mineiros, como demonstrado nos documentos do Anexo 07 - fls. 285 dos autos.

Quanto aos argumentos apresentados pela Impugnante questionando a medida do Fisco, contrariamente ao que acontece no processo judicial, em que prevalece o princípio da verdade formal, no processo tributário administrativo é dever da autoridade administrativa levar em conta as provas de que tenha conhecimento, bem como propor medidas, inclusive determinar a produção de provas que sejam úteis ou possam influenciar a decisão.

Assim, correta a ação fiscal investigatória desenvolvida pelo Fisco que procurou obter a verdade material através de levantamentos, verificações e diligências, resultando na apreensão dos documentos extrafiscais anexados ao Processo Tributário Administrativo sob análise, que constituem as provas materiais da acusação fiscal.

Acrescenta-se que a apreensão está amparada pelo § 1º do artigo 42 da Lei 6763/75, tendo sido emitidos os Termos de Apreensão e Depósito – TAD, números 024552 e 024553, ambos de 18/08/06 (fls. 27 e 28 dos autos) nos termos do inciso II do artigo 51, da CLTA/MG, vigente à época.

Sobre o tema, valiosa a lição do professor Aurélio Pitanga Seixas Filho, em “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário”:

“A ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos” (ob. cit. p.46).

Quanto à afirmativa da Impugnante de que todas as operações praticadas por ela estariam acobertadas por documentação fiscal, com seus valores coincidentes com a escrituração contábil, observa-se que a realidade dos fatos é outra: as mercadorias constantes das notas fiscais inclusas no Anexo 04 do Auto de Infração (fls. 39 a 169), endereçadas a Fábio Luiz Ferreira Baptista - ME, foram, na verdade, destinadas à Impugnante e revendidas a outros contribuintes mineiros, sem emissão de qualquer documento fiscal.

Na realidade, a empresa atuada fazia a encomenda e recebia as mercadorias da Zanotti S/A, pagava a fatura relativa à nota fiscal, e destinava fisicamente os produtos a outros destinatários, procedendo, dessa forma, como uma operação de compra e venda de mercadorias sem registro na escrita contábil e fiscal da empresa. As ligações com as empresas antes mencionadas, bem como a utilização das notas fiscais da fornecedora catarinense para extraviar mercadorias para outros contribuintes mineiros estão fartamente evidenciadas pelas provas documentais anexas ao Auto de Infração, sobre as quais não paira nenhuma dúvida.

Todo o procedimento dos auditores fiscais fundamentou-se nos documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Atuada e nas notas fiscais emitidas pela empresa catarinense remetente, não tendo havido qualquer tipo de arbitramento de valores ou presunção. Os valores das operações foram demonstrados de forma inequívoca, líquida e certa. O fato gerador ocorreu e foi comprovado na medida em que se evidenciaram as operações de entradas e saídas na empresa Atuada.

Diante disto, determinou-se a matéria tributável, com base nos valores constantes das mencionadas notas fiscais; foi calculado o montante do tributo devido; foi identificado corretamente o Sujeito Passivo através das irrefutáveis provas contidas nos autos e, por fim, aplicada a penalidade cabível, não existindo no procedimento fiscal qualquer descumprimento às determinações expressas do Código Tributário Nacional.

Com relação à alíquota adotada pelo Fisco, esclarece-se que as operações de revenda realizadas pela Atuada se destinavam a contribuintes mineiros, isto é, operações internas do distribuidor para o comércio varejista ou a indústria, somente sendo admissível, nesse caso, a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento).

No que concerne às alegações da empresa Impugnante de que as acusações do Fisco foram precárias e as exigências fundamentaram-se em presunção e em documentação fiscal não pertencente à mesma, referindo-se a operações das quais jamais participara, estas podem ser facilmente refutadas pelas provas flagrantes constantes dos autos.

Note-se, por exemplo, a nota fiscal nº 0328789, emitida pela Zanotti S/A em nome de Fábio Luiz Ferreira Baptista – ME (fl. 104), no valor de R\$ 5.980,92, com vencimento em 28/07/2006. Consultando-se a agenda apreendida pertencente à Contribuinte atuada, observa-se no dia 28 de julho de 2007 o lançamento da fatura no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor de R\$ 5.980,92, com a indicação “Fábio” (fl. 263) e, ao lado, as letras “pg”, demonstrando claramente o pagamento do valor da fatura, na data do vencimento, à Zanotti S/A. No Relatório “**Consultar Títulos**” (Anexo 07 - fl. 311 dos autos), está consignado, em letras manuscritas, o destino final das mercadorias, ou seja, a empresa “Arte Manha”.

Quanto à escrita contábil da Autuada, esta não foi desconsiderada, conforme por ela cogitado. Pelo contrário, utilizada para demonstrar que as operações de revenda de mercadorias entradas na empresa com notas fiscais destinadas a Fábio Luiz Ferreira Baptista - ME, não possuem correspondentes notas fiscais de saída e seus devidos lançamentos fiscais e contábeis.

Logo, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de ilidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Portanto, correto o lançamento tributário.

Entretanto, a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75, relativa às entradas desacobertadas, deve ser limitada a 15% (quinze por cento), visto que a infração cometida se adequa às disposições do parágrafo segundo do art. 55 do mesmo diploma legal.

Por fim, ressalte-se que, os Coobrigados explicitados no Auto de Infração, são sujeitos passivos solidários, conforme disposto no art. 135, III do CTN, em face de terem agido contrariamente à lei tributária.

Neste sentido, doutrina importante 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, **que entendem ser a responsabilidade do art. 135 do CTN solidária.**

A jurisprudência mais recente dos tribunais também é no sentido de responsabilidade de sócios-gerentes na situação dos autos. Senão veja-se.

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)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, sendo que a supressão do ICMS com utilização de documentos extrafiscais, são contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 19/02/2001, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 18/06/08. Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para que seja limitada a 15% (quinze por cento) a Multa Isolada do art. 55, II, da Lei 6763/75, relativa às entradas desacobertadas, nos termos do art. 55, § 2º do mesmo diploma legal. Vencido, em parte, o Conselheiro Edvaldo Ferreira (Relator), que o julgava procedente nos termos da manifestação fiscal de fls. 430/435. Designado relator o Conselheiro Mauro Heleno Galvão. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro supracitado, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 24 de junho de 2008.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente / Revisor

Mauro Heleno Galvão
Relator / Designado