

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.440/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000201130-11
Impugnação: 40.010134887-08 (Aut.), 40.010134888-81 (Coob.)
Impugnante: Pro Malhas Comércio Ltda - ME
IE: 001601323.00-80
Alessandra Orzelina da Silva (Coob.)
CPF: 957.935.426-04
Proc. S. Passivo: José Luiz Mauler Junior/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a inclusão da Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional e art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento de outro contribuinte com a Declaração Apuração e Informações do ICMS (DAPI), que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral 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, ambos da Lei n.º 6.763/75.**

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/11/12 a 31/05/13, apuradas mediante o confronto entre os valores declarados pela Contribuinte na Declaração Apuração e Informação do ICMS (DAPI) e documentos extrafiscais, que continham informações das vendas realizadas pela Autuada, discriminadas por dia e consolidadas mensalmente.

Os documentos extrafiscais foram apreendidos no estabelecimento de outro contribuinte, Alessandra Orzelina da Silva, IE 001.801147.0094, por meio do Auto de Apreensão e Depósito - AADs n.º 005621, de 12/07/13 e n.º 005606, de 19/07/13, acarretando a inclusão da Sra. Alessandra Orzelina da Silva no polo passivo do presente lançamento, como Coobrigada.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações em conjunto às fls. 42/43, acompanhada dos documentos de fls. 44/88, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 92/106.

DECISÃO

Das Preliminares

Da nulidade do Auto de Infração

Segundo a Impugnante, os documentos extrafiscais que respaldam o presente lançamento são provas obtidas por meio ilícito, uma vez que a apreensão dos documentos não ocorreu em sua posse e nem em sua sede, mas na sede de outra empresa, não servindo de base para qualquer autuação.

No seu modo de ver, não basta que se encontre um documento sem valor fiscal de posse de outra pessoa jurídica para que fique claro o cometimento de qualquer infração. Ressalta que não fora encontrada qualquer irregularidade na sua sede e nenhum documento em sua posse que pudesse comprovar a infração cometida.

Conclui que o Auto de Infração seria nulo de pleno direito, uma vez pautado exclusivamente em prova obtida ilicitamente.

Entretanto, não lhe assiste razão.

De acordo com o art. 42, § 1º, c/c art. 50, da Lei nº 6.763/75 e art. 201 do RICMS/02, a apreensão de livros e documentos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte, podem ser apreendidos pela Fiscalização, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

Lei nº 6.763/75:

Art. 42 - Dar-se-á a apreensão de mercadorias quando:

(...)

§ 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.

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

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

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

RICMS/02, Parte Geral:

Art. 201 - Serão apreendidos:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

Nos termos do art. 44 da Lei nº 6.763/75, a autorização judicial para apreensão de documentos somente é necessária quando estes não estiverem em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional, senão veja-se:

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

Assim, ao contrário do alegado pela Impugnante, a Fiscalização tem o poder de apreender os referidos documentos, ainda que sem autorização judicial, pois são provas efetivas dos ilícitos fiscais narrados no Auto de Infração.

Corroborando o entendimento acima, tem-se em recente decisão da Quinta Turma do STJ, no julgamento do Processo HC 242750 / DF HABEAS CORPUS 2012/0100908-6:

É POSSÍVEL AO FISCAL TRIBUTÁRIO O EXAME DE MERCADORIAS, LIVROS, ARQUIVOS, DOCUMENTOS, PAPÉIS RELATIVOS À ATIVIDADE COMERCIAL, AINDA QUE O COMERCIANTE TENHA VEDADO O ACESSO A TAL DOCUMENTAÇÃO, POIS, SEGUNDO O ENTENDIMENTO DO STJ, A ANÁLISE CONJUNTA DOS ARTIGOS 78, 195 E 200 DO CTN LEGITIMA ESSA ATUAÇÃO DO FISCAL FAZENDÁRIO, ATRIBUINDO-LHE AMPLA MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE PARA DECIDIR OS MEIOS NECESSÁRIOS PARA MELHOR EXERCER O SEU PODER DE POLÍCIA, SENDO-LHE FACULTADO, INCLUSIVE, CHAMAR REFORÇO POLICIAL EM CASO DE EMBARAÇOS POR PARTE DO FISCALIZADO, SEM QUE ISSO CONSTITUA QUALQUER VIOLAÇÃO A DIREITOS CONSTITUCIONAIS.

É POSSÍVEL AO FISCAL TRIBUTÁRIO O EXAME DE COMPUTADORES E MÍDIAS DIGITAIS RELATIVOS À ATIVIDADE COMERCIAL, AINDA QUE A LITERALIDADE DO ARTIGO 195 DO CTN NÃO FAÇA REFERÊNCIA AOS DOCUMENTOS DIGITALIZADOS EM COMPUTADORES, POIS O FATO DE NÃO EXISTIREM COMPUTADORES EM 1966 NÃO IMPEDE QUE ESSE ARTIGO SEJA INTERPRETADO EM SUA ILUMINAÇÃO ATUAL, SOB PENA DE SE ENTENDER QUE A FISCALIZAÇÃO DESSES DOCUMENTOS DIGITALIZADOS SOMENTE PODERIA DAR-SE APÓS LONGO E CUSTOSO PROCESSO LEGISLATIVO PARA INCLUIR TAIS EXPRESSÕES NO TEXTO EM VIGOR **É POSSÍVEL AO FISCAL TRIBUTÁRIO O EXAME DE COMPUTADORES E MÍDIAS DIGITAIS RELATIVOS À ATIVIDADE COMERCIAL, AINDA QUE NÃO ESTEJA MUNIDO DE MANDADO JUDICIAL PARA TANTO E O COMERCIANTE TENHA VEDADO O ACESSO A TAL DOCUMENTAÇÃO, POIS, SEGUNDO O ENTENDIMENTO DO STJ, OS DOCUMENTOS RELATIVOS À CONTABILIDADE DA EMPRESA, AÍ SE INCLUINDO**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DISQUETES, **CDs, DOCUMENTOS DIGITALIZADOS E OUTRAS MÍDIAS, NÃO ESTÃO PROTEGIDOS POR NENHUM TIPO DE SIGILO**, PODENDO SER AVERIGUADOS NA OCASIÃO DAS ATIVIDADES FISCAIS, NOS MESMOS MOLDES DO QUE OCORRE COM OS DOCUMENTOS FÍSICOS. (GRIFOU-SE)

Também tem sido este o entendimento desse Conselho de Contribuintes, conforme se depreende, por exemplo, nas decisões proferidas nos Acórdãos 19.677/12/2^a, 20.657/12/1^a e 20.835/13/3^a:

ACÓRDÃO: 19.677/12/2^a

EMENTA

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 O SUJEITO PASSIVO PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISO I DA PARTE GERAL DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 20.657/12/1^a

EMENTA

(...)

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. CONSTATOU-SE SAÍDAS DE MERCADORIAS, EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE A DOCUMENTAÇÃO EXTRAFISCAL DEVIDAMENTE APREENDIDA NO ESTABELECIMENTO AUTUADO COM A ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE. EXIGÊNCIA DO 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 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA.

ACÓRDÃO: 20.835/13/3^a

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. IMPUTAÇÃO FISCAL DE SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL DETECTADA A PARTIR DO CONFRONTO ENTRE OS DADOS DE OPERAÇÕES REALIZADAS PELA IMPUGNANTE, OBTIDOS POR MEIO DA ANÁLISE DE DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS APREENDIDOS EM SEU ESTABELECIMENTO, E AS VENDAS DECLARADAS AO FISCO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCEDIMENTO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISO I DA PARTE GERAL DO RICMS/02. RAZÕES DE DEFESA INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A IMPUTAÇÃO FISCAL. MANTIDAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS E DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA CAPITULADAS NA LEI Nº 6.763/75, RESPECTIVAMENTE, NOS ARTS. 56, INCISO II E § 2º, E 55, INCISO II.

(...)

Cabe ressaltar, conforme relatado no Auto de Infração, que os documentos apreendidos continham informações da Impugnante e também de outros dois estabelecimentos pertencentes à mesma proprietária.

Assim, o local da apreensão em nada prejudica o feito, eis que comprovado serem os documentos de responsabilidade da Autuada. Ademais, tal fato alicerça a inclusão da contribuinte Coobrigada no polo passivo do lançamento.

Não há, pois, que se falar em nulidade do lançamento ou em ilicitude das provas, uma vez que a apreensão dos documentos, além de estar expressamente autorizada em lei, ocorreu de forma regular, com o cumprimento de todos os procedimentos previstos na legislação vigente.

Assim, rejeita-se a preliminar arguida.

Do cerceamento ao direito de defesa

Preliminarmente, cabe esclarecer que o dispositivo citado pela Impugnante, art. 56, inciso III, “a” da Lei nº 11.580/96, é relativo a uma lei do Estado do Paraná, sem nenhuma aplicação legal nesse Estado.

Portanto, não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa, uma vez que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações.

Todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade do lançamento e previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, foram observados, além de estar devidamente instruído.

Assim, não se vislumbra nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa, pelo que, rejeita-se a preliminar arguida.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre os valores declarados pela Contribuinte e os documentos extrafiscais apreendidos pela Fiscalização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O procedimento efetuado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 194. Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

A ação fiscal iniciou-se com a apreensão de planilhas contendo demonstrativos mensais das vendas, compreendendo o período de 01/11/12 a 30/06/13, conforme Auto de Apreensão e Depósito – AAD de nº 005621, cuja cópia encontra-se às fls. 10/11 dos autos.

Assim, mediante apreensão regular dos documentos extrafiscais (fls. 26/33), o Fisco apurou as saídas reais de estabelecimento, cotejando-as com os valores lançados nas DAPIs (fls.18/25), resultando nas diferenças levantadas no relatório de fl. 09.

Tratando-se de documentos regularmente apreendidos em estabelecimento comercial, que identifica claramente o faturamento total da empresa, outra conclusão não se chega, a não ser de que se trata do montante dos negócios realizados no período.

As planilhas apreendidas, e que serviram de base para o trabalho fiscal não deixam dúvidas que se tratam de vendas.

Elas indicam na parte superior o mês e o nome da loja a que se refere. Possuem 7 (sete) colunas com informações diárias das vendas, por meio de cartão e dinheiro. Possuem ainda, informações referentes a pagamento de despesas.

Constata-se que os valores informados na terceira coluna, intitulada “Z”, referem-se aos valores de redução Z do ECF, declarados pelo Contribuinte nos arquivos Sintegra. A coluna ao lado, denominada “II”, deixa claro que referem-se aos valores das vendas sem documentação fiscal (“Caixa 2”).

Logo, é fácil observar nos documentos extrafiscais apreendidos que não são documentos sobre “projeção de vendas que não foi concretizada”, tal qual defendido pela Autuada. Os valores foram distribuídos em colunas, tendo cada coluna um título: “DIA”, “TOTAL”, “Z”, “II”, “CARTÃO”, “DINHEIRO” e “DESPESA”.

Destaca-se que na coluna “DESPESA”, observa-se, como exemplo, fl. 26: “Água 7,60”, “Almoço 5,00”, Café/Açúcar 16,98, ou, “Papel Higiênico 12,99”, o que desconstitui totalmente a tese de projeção de vendas. Tal aspecto pode ser conferido também nas fls. 27/29.

Como bem define a Fiscalização, a função do documento extrafiscal, tal como os relatórios apreendidos, é a mera informação aos sócios do valor efetivamente faturado, em contrapartida àquele informado à Fiscalização para fins de apuração do imposto.

Na peça impugnatória, a Autuada absteve-se de apresentar qualquer prova que pudesse desconstituir o lançamento, permanecendo no campo da retórica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, corretas as exigências fiscais.

No que tange à inclusão da Coobrigada no polo passivo da autuação defende a Fiscalização de que a Sra Alessandra Orzelina da Silva é a administradora de fato da empresa autuada.

A apreensão dos documentos foi realizada na sede da empresa de sua propriedade, Alessandra Orzelina da Silva, IE 001.801147.0094, que acompanhou toda a ação fiscal, inclusive, assinando os Autos de Apreensão e Depósito (fls. 10/16).

Os documentos apreendidos revelam que todo o controle e administração dos negócios da Impugnante era exercido pela Coobrigada em sua empresa.

Além disso, o contrato de aluguel do imóvel da Impugnante foi celebrado em nome da empresa da Coobrigada, e assinado por ela, o que ratifica a conclusão da Fiscalização.

Assim, conforme previsão do art. 135, inciso III c/c art. 137, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional, sua responsabilidade pelo crédito tributário decorre em razão de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, especialmente, neste último caso, quando a infração é conceituada em lei como crime:

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.

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

Não bastassem as disposições do Código Tributário Nacional, a inclusão da Coobrigada no polo passivo ainda encontra respaldo no art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75 que dispõe:

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 infrações 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 dirigiu ou dirige, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 10 de dezembro de 2013.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente/Revisora

Sauro Henrique de Almeida
Relator

EJI

CC/MG