

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.172/16/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000229149-92
Impugnação: 40.010137474-44, 40.010138435-41 (Coob.)
Impugnante: Nutriara Alimentos Ltda
IE: 578063178.00-02
Carlos Luiz Lobo (Coob.)
CPF: 210.348.936-53
Coobrigado: José Marcos Calsavara
CPF: 523.220.849-72
Proc. S. Passivo: Jan Przewodowski Montenegro de Souza/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES - Correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e art. 3º, inciso I da Instrução Normativa SCT nº 001/06.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NOTA FISCAL - DESTINATÁRIO DIVERSO - DECLARAÇÃO DO DESTINATÁRIO. Constatada, à vista das declarações exaradas pelos destinatários consignados nos documentos fiscais de saída, a emissão de notas fiscais consignando destinatários diversos daqueles a quem as mercadorias efetivamente se destinaram. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso V da Lei nº 6.763/75.

Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, no período de janeiro a dezembro de 2009, de emissão irregular de notas fiscais de saída, por indicar como destinatário estabelecimento diverso daquele a quem as mercadorias se destinaram, haja vista que não restou comprovado o recebimento delas pelo destinatário consignado nos referidos documentos fiscais.

Exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso V da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 142/160, acompanhada dos documentos de fls. 161/185.

Após a impugnação a Fiscalização promoveu a juntada de novos documentos (cópia de partes do lançamento PTA nº 01.000172470-75 envolvendo a

empresa autuada, onde são pormenorizados procedimentos correlacionados com o lançamento em análise), conforme fls. 191/232.

Em 26/02/15, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 234, a Impugnante foi comunicada, por meio do Ofício N° 003/2015, sobre a juntada dos documentos às fls. 191/232, com abertura do prazo de vista dos autos.

Às fls. 237/240 a Impugnante adita sua impugnação e, em sínteses, alega que não se motivou nem fundamentou a juntada dos documentos, o que caracterizaria cerceamento do direito de defesa.

Às fls. 242 a Fiscalização apresenta Termo de Rerratificação e anexos (fls. 243/247), oportunidade em que os sócios gerentes da Nutriara Alimentos Ltda, Carlos Luiz Lobo e Jose Marcos Calsavara, são incluídos no polo passivo da autuação, em virtude da constatação do encerramento irregular de atividades da empresa.

Procedeu-se à intimação dos Coobrigados, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 247/248. Devidamente intimados apenas se manifesta o Coobrigado Carlos Luiz Lobo (fls. 249/273), defendendo a ausência de elementos para sua responsabilidade tributária.

A Fiscalização novamente se manifesta às fls. 274/294, refuta as alegações de defesa e pugna pela procedência do lançamento, conforme rerratificação efetuada, o que é reiterado às fls. 301/315.

Às fls. 318 e Aviso de Recebimento (AR) de fls. 323 o procurador da Contribuinte é intimado em relação ao Termo de Rerratificação e adita sua impugnação conforme fls. 326/330.

Por fim, às fls. 334/335 a Fiscalização manifesta-se e, com o entendimento de não haver elementos que possam afastar a exigência, ratifica seu posicionamento no sentido da procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Da alegação de nulidade do Auto de Infração

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de ter a Fiscalização lastreado o trabalho em informação de terceiros (declarações dos fornecedores) e ausência nos autos de cópia de todas as notas fiscais objeto do lançamento.

Entretanto, razão não lhes assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto n° 44.747/08.

Induidoso que os Autuados compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações e aditamentos apresentados pelo contribuinte e coobrigados, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, inclusive quanto à formação do polo passivo, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Não é o fato de os Impugnantes discordarem da infringência que lhes é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a eles comprovar as suas alegações, sem o que deve prosperar o lançamento.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada e aos Coobrigados todos os prazos legalmente previstos para apresentar defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

O presente lançamento trata-se de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, o que será demonstrado na análise de mérito.

A propósito, as informações de terceiros foram necessárias em função da irregularidade praticada (entrega a destinatário diverso), o requereu a produção da prova de não recebimento das mercadorias, conforme Anexo 1 (fls. 18/29).

Quanto às notas fiscais, as planilhas e documentos que compõem o Anexo 2 (fls. 30/104) demonstram de forma individualizada cada uma das operações e a amostragem de nota fiscal não gera qualquer prejuízo à análise, uma vez que são documentos de emissão da empresa autuada e boa parte refere-se a nota fiscal eletrônica.

Ademais, o trabalho fiscal tem por lastro os registros efetuados nos arquivos eletrônicos, nos termos do Convênio ICMS nº 57/95 (Sintegra).

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais alegações apresentadas, em especial quanto à formação do polo passivo, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme já relatado, versa a autuação sobre a constatação, no período de janeiro a dezembro de 2009, de emissão irregular de notas fiscais de saída, por indicar como destinatário estabelecimento diverso daquele a quem as mercadorias se destinaram, haja vista que não restou comprovado o recebimento delas pelo destinatário consignado nos referidos documentos fiscais.

Exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso V da Lei nº 6.763/75.

Os sócios gerentes foram incluídos como Coobrigados em atendimento ao art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN) e do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Da alegação de decadência – prejudicial de mérito

Superadas as questões preliminares, a Impugnante alega a decadência de parte do crédito tributário lançado na peça fiscal, com base no art. 150, § 4º do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, não cabe razão aos Impugnantes. Este Conselho tem decidido, reiteradamente, que seja na falta de recolhimento do imposto, que seja quando tenha havido recolhimento a menor, a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, segundo o qual o prazo de 5 (cinco) anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, o art. 150, § 4º, alegado pela Contribuinte, estabelece explicitamente, que a homologação não se aplica aos casos em que ficar comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifou-se).

No caso dos autos, a irregularidade tratada é a entrega de mercadoria a destinatário diverso, conduta essa que tem como elemento subjetivo a simulação caracterizada pela emissão de nota fiscal consignando um destinatário e a efetiva entrega a outro, diverso daquele que consta no documento fiscal.

Assim, por qualquer prisma que se analise a hipótese dos autos, não há dúvida de que, no presente caso, deve ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN para apuração do prazo decadencial, verifica-se, ainda assim, que o crédito tributário constituído nos presentes autos não se encontra atingido pela decadência.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n.º 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2009, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/10, findando-se em 31/12/14. Considerando-se que o Auto de Infração foi recebido em 18/12/14 (intimação por edital, data do Diário Oficial – Minas Gearis – Diário do Executivo – Caderno 1, p. 89), verifica-se a não ocorrência de decadência do direito da Fazenda promover o lançamento.

Portanto, não está decaído o direito da Fazenda Pública constituir o presente crédito tributário.

Com relação ao mérito propriamente dito, cabe registrar que a Fiscalização intimou os destinatários a comprovarem a aquisição das mercadorias objeto da verificação fiscal.

Em resposta, a empresa Distribuidora de Bebidas AGR Ltda esclarece e declara que está inativa desde 2008, data anterior às operações em análise, além de afirmar que nunca tefetuou qualquer operação comercial de compra ou venda com a empresa remetente (fls. 21).

A empresa Andrade & Oliveira também no mesmo sentido informa nunca ter efetuado qualquer operação comercial de compra ou venda com a empresa remetente e, que comercializa, exclusivamente, produtos hortifrutigranjeiros (fls. 24).

Diante dessas declarações do destinatário e da falta de comprovação da entrega das mercadorias constantes das notas fiscais por parte da empresa autuada, a Fiscalização lavrou o Auto de Infração e exigiu a penalidade aplicável.

A Impugnante não traz aos autos elementos que possam comprovar a efetividade da operação, entrega, recebimento e retirada das mercadorias, comprovantes de lançamentos bancários que confirmassem as operações, ou documentos relativos à contabilização das operações nos seus livros Diário e Razão. E, na impugnação apresentada inexistem elementos capazes de elidir o feito fiscal.

Diante dos fatos, conclui-se que houve a emissão de documento fiscal constando como destinatário estabelecimento diverso daquele a quem as mercadorias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realmente se destinaram, cabendo a aplicação da penalidade prevista no art. 55, inciso V da Lei nº 6.763/75:

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

(...)

V - por emitir ou utilizar documento fiscal em que conste, como destinatário, pessoa ou estabelecimento diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinar - 50% (cinquenta por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal;

(...)

Caracterizada a infração e a perfeita subsunção ao tipo sancionador, discussões quanto ao alegado efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe 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 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Quanto à eleição dos Coobrigados (sócios-gerentes) para o polo passivo da obrigação tributária, os atos e fatos demonstrados e comprovados caracterizam a intenção de fraudar a lei, estatuto ou contrato social.

Importante ressaltar que os referidos sócios figuram com poderes de administração/gerência no período autuado, conforme está demonstrado pela cópia do Contrato Social, 23ª e 24ª Alterações Contratuais, devidamente registradas na JUCESP (fls.109/132), e extrato de tela do SICAF de fls. 243/244 dos autos.

Diligencias comprovaram que a empresa não exerce suas atividades no endereço de seu estabelecimento, e a não localização da empresa no endereço que consta nos cadastros públicos é considerada como presunção de encerramento irregular, suficiente para ensejar a responsabilização dos sócios.

Esse entendimento foi consolidado na súmula 435 do STJ, que assim dispõe: “*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*”.

A Autuada teve sua inscrição estadual bloqueada por desaparecimento em 17/12/14 e, em 06/01/15 foi cancelada (fls. 243/244).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária se deu corretamente, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

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 6.763/75

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.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos da rerratificação de fls. 242. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria Gabriela Tomich Barbosa (Revisora) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 14 de junho de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**