

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.120/18/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001004908-73
Impugnação: 40.010146222-62, 40.010146223-43 (Coob.), 40.010146224-24 (Coob.)
Impugnante: Igpecograph Indústria Metalúrgica Ltda
CNPJ: 60.397445/0001-89
IGP Administração e Participações - Eireli (Coob.)
CNPJ: 24.191268/0001-16
Renato Golfetti Cicarelli (Coob.)
CPF: 320.387.398-20
Origem: DEFIS/SUFIS/BH

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Tratando-se de crédito correspondente a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, correta a inclusão do sócio administrador do estabelecimento autuado no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – NÃO PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Imputação de responsabilidade tributária à empresa IGP Administração e Participações – Eireli, sócia da empresa autuada, com fulcro no art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Entretanto, comprovado nos autos que a Coobrigada não figurava como sócia no contrato social, à época da ocorrência dos fatos, razão pela qual ela deve ser excluída do polo passivo, por não ter praticado qualquer ato contrário a lei, ao tempo dos fatos objeto do lançamento.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO - SUBFATURAMENTO. Constatada a retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida em São Paulo, que por força do Protocolo ICMS nº 41/08, está obrigada a reter e recolher o ICMS/ST na saída de mercadorias relacionadas no item 14, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, em razão de consignar base de cálculo diversa na prevista na legislação (subfaturamento), comprovado mediante documentos extrafiscais regularmente apreendidos. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, relativo às remessas de mercadorias destinadas a contribuinte mineiro e relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, em razão de subfaturamento, comprovado mediante documentos extrafiscais apreendidos.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 14/20.

Requerem a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 32/36, refuta as alegações da Defesa.

Requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 40/49, opina, no mérito pela procedência parcial do lançamento, para excluir a empresa a IGP Administração e Participações do polo passivo da autuação, em razão de não constar como sócia da Autuada, no período objeto do presente lançamento.

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.

Conforme relatado trata a autuação a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, relativo às remessas de mercadorias destinadas a contribuinte mineiro e relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, em razão de subfaturamento, comprovado mediante documentos extrafiscais apreendidos.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75.

A Autuada, situada no estado de São Paulo, é contribuinte substituto tributário por força do Protocolo ICMS nº 41/08, em relação as mercadorias relacionadas no item 14 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, vigente à época dos fatos ocorridos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foram incluídos como Coobrigados os sócios da Autuada, o Sr. Renato Golfetti Cicarelli e a IGP Administração e Participações – EIRELI, com fulcro no art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

A apuração se deu mediante o confronto das notas fiscais eletrônicas emitidas e os documentos extrafiscais apreendidos nos computadores da empresa Wagner Righi Representações Ltda – EPP, CNPJ 19.703297/0001-80, em cumprimento a Mandado de Busca e Apreensão, nos autos do Processo nº 0024.14.319049-4, da Vara Criminal de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte.

Foi constatado que a empresa Igpecograph Indústria Metalúrgica Ltda., realizou vendas de autopeças, mercadorias estas sujeitas ao regime de substituição tributária, emitindo notas fiscais de vendas com valores subfaturados, para contribuintes mineiros.

Instruem os autos, dentre outros, os documentos contidos a mídia de fls. 08, a saber:

- o Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.0000025141-14;
- os Autos de Apreensão e Depósito nº 012682 e 012683;
- o Relatório Fiscal da Autuação;
- cópias das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas e cópias dos pedidos de compras apreendidos;
- planilha denominada “Cab Igpecograph”, contendo as informações dos pedidos e das respectivas notas fiscais;
- Planilha “Demonstração do crédito tributário” e “DCT mensal”.

Cabe destacar que o procedimento fiscal encontra respaldo na legislação tributária, em especial no art. 195 do Código Tributário Nacional (CTN):

CTN

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Por sua vez, o art. 42, § 1º c/c art. 50, ambos da Lei nº 6.763/75, estabelece a apreensão de livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos vinculados, direta ou indiretamente, à escrita fiscal e comercial do contribuinte quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária:

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

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

A Fiscalização procedeu a copiagem e autenticação dos arquivos digitais constantes dos computadores da Autuada, devidamente documentada por meio de Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais.

As cópias dos HDs foram feitas utilizando-se equipamento de computação forense. Desta forma, as próprias imagens produzidas a partir dessas cópias e todos os seus arquivos recuperados são autenticados pela geração de códigos "HASH" únicos, padrão internacional, o que permite garantir a integridade e autenticidade das evidências coletadas, conforme nome e código "HASH" dos arquivos de imagens produzidos, informados no Relatório Fiscal Autuação (CD de fl. 08).

Transcreve-se do Relatório Fiscal da Autuação as constatações apuradas pelo Fisco, mediante a análise da documentação apreendida:

O exame da documentação (física e eletrônica) obtida nessa Busca e Apreensão, levou o Fisco a descobrir que a empresa Igpecograph indústria Metalúrgica Ltda. vendia autopeças com valores subfaturados, emitindo Notas Fiscais Eletrônicas com valores inferiores aos valores dos pedidos realizados.

Essa venda era denominada de "parte especial" ou "70/30", conforme se depreende da leitura das correspondências eletrônicas trocadas entre a empresa fornecedora Igpecograph indústria Metalúrgica Ltda., a empresa de representação comercial Wagner Righi Representações Ltda. e comerciantes varejistas de autopeças no estado de Minas Gerais.

Apenas como exemplo, trouxemos alguns "e-mails" (clique no hiperlink segurando a tecla CTRL para abrir):

849950.html – Para receber a "parte especial" (parcela subfaturada), a empresa Igpecograph indústria Metalúrgica Ltda. orienta que o pagamento seja à vista por depósito ou por boleto em até 10 dias;

849112.html – Solicita orientar ao cliente como conferir as mercadorias com o pedido, porque na NF-e somente **consta 70% do valor real do mesmo**.

(...)

Ciente de tais operações o Fisco separou alguns casos exemplificativos para ilustrar como ocorriam as operações de venda subfaturadas:

Caso exemplificativo 1: Auto Latarias Formiga Ltda.:

No e-mail enviado ao Sr. Wagner Righi é feita a explicação ao destinatário do significado do especial. “Precisa conferir com a cópia do pedido. É só explicar que na nf é 70%. Não tem nada de especial.”

Para o Pedido 76035 do dia 30/07/2014 consta o valor de R\$ 2.014,35 para o mesmo foi emitida a NF-e 078.976 do dia 31/07/2014 constando o valor de R\$ 1.410,00 (Valor da NF-e representa 70% do pedido conforme explicado no e-mail).

O ICMS ST destacado na NF-e 078.976 correspondente aos 70% do Pedido 76035 foram recolhidos em GNRE no dia 01/08/2014 conforme Tela do Sicafe. A empresa recolhe o imposto antecipadamente pois não tem inscrição de substituto tributário no estado de Minas Gerais.

(...)

No item 7 do referido Relatório, o Fisco esclarece o procedimento adotado para análise do banco de dados contido no servidor principal, apreendido na empresa Wagner Righi Representações Ltda., no qual foram encontrados diversos arquivos de dados, contendo arquivos referentes às vendas da empresa autuada.

Informa que foram encontrados diversos arquivos de dados do Firefox (dbf) nos diretórios c:\wagner\ e c:\sivendas\bd\ . O conteúdo desses arquivos referentes às vendas da empresa foi exportado para arquivos do tipo Excel, a fim de permitir uma melhor visualização pelo Fisco. As tabelas em Excel, foram geradas a partir de pesquisas em múltiplas tabelas do banco de dados.

Destaca as planilhas “pedidoscab.xlsx” e “pedidosdet.xlsx”, das quais foram extraídos os dados relativos aos pedidos de vendas realizados para a empresa Igpecograph Indústria Metalúrgica Ltda. e incluídos nas planilhas Excel nomeadas “Cab IGPcograph.xlsx” e “Det IGPcograph.xlsx”.

Informa que, após realizados inúmeros testes e comparações entre pedidos e NFes, chegou-se à conclusão de que em todas as vendas da tabela “Cab IGPcograph.xlsx” existia o subfaturamento de 30% (trinta por cento). Portanto, autuou a diferença recolhida a menor do ICMS/ST, em todas as operações da referida tabela.

Esclareça-se que, a partir da tabela “Cab IGPcograph.xlsx”, o Fisco criou a tabela “Demonstração do Crédito Tributário”, tendo como base de cálculo do ICMS/ST o valor subfaturado (coluna I) corresponde aos 30% (trinta por cento) dos valores consignados nas NFes, acrescidos valor do IPI de 5% (cinco por cento) e da Margem

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Valor Agregada (MVA ajustada) de 71,28% (setenta e um vírgula vinte e oito por cento).

Foi aplicada a alíquota de 18% (dezoito por cento), de acordo com o art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02, para cálculo do ICMS/ST devido, observando-se o disposto no art. 20, inciso I do Anexo XV do RICMS/02.

No tocante ao ICMS exigido os Impugnantes não apresentaram nenhum argumento de defesa.

Corretas as exigências do ICMS/ST, da Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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.

(...)

§ 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:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

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:

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

(...)

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

(...)

(Grifou-se).

Os Impugnantes alegam que a multa aplicada pelo Fisco fere o princípio da razoabilidade e viola o art. 150, inciso IV da Constituição da República de 1988 (CR/88).

Entretanto, razão não assiste à Defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A exigência em dobro da multa de revalidação foi aplicada nos casos em que a Autuada fez a retenção a menor e, conseqüentemente, do pagamento a menor do ICMS/ST. A Multa de Revalidação apenas o descumprimento da obrigação principal de recolher o imposto devido, sendo agravada por se tratar de operação sujeita a substituição tributária, nos termos do art. 56, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Já a multa prevista no art. 55, inciso VII, alínea “b”, da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense 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 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;

(...)

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Da Sujeição Passiva

Os Impugnantes alegam que não é cabível a inclusão de sócios em processo administrativo, em situação em que a pessoa jurídica existe e tem condições de responder pela execução, e não houve um tipo de responsabilidade por nenhuma espécie de dano por parte dos sócios em questão.

Entretanto tal argumento não se sustenta.

O art. 121, parágrafo único, 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 art. 124, inciso II do CTN prescreve que “*são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei*”. Dos ensinamentos do Mestre Hugo de Brito Machado, veja-se:

“Diz o CTN que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 124, inc. I) e também as pessoas expressamente designadas por lei (art. 124, inc. II).

As pessoas com interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação de pagar um tributo são solidariamente obrigadas a esse pagamento, mesmo que a lei específica do tributo em questão não o diga. É uma norma geral, aplicável a todos os tributos.

Também são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei, isto é, a lei pode estabelecer a solidariedade entre pessoas que não tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador do tributo. Se há interesse comum, a solidariedade decorre do próprio Código Tributário Nacional. Independe de dispositivo da lei do tributo. Se não há interesse comum, a existência de solidariedade depende de previsão expressa da lei do tributo. ”

(Machado, Hugo de Brito – Curso de Direito Tributário – 28ª Edição – Malheiros Editores – fl. 174)

Por sua vez, o art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, dispõe:

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A inclusão do sócio administrador como responsável Coobrigado pelo crédito tributário ora discutido, baseou-se na previsão legal estabelecida no art. 135, inciso III, do CTN, e no art. 21 § 2º, inciso II, da Lei n.º 6.763/75, confira-se:

CTN:

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 n.º 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.

(Grifou-se).

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Induvidoso, no caso, que o sócio administrador tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a prática de subfaturamento, acusação fiscal em exame, caracteriza a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a inclusão dele para o polo passivo da obrigação tributária.

No caso da empresa IGP Administração e Participações, arrolada pelo Fisco como Coobrigada, observa-se pela cópia da Alteração do Contrato Social da IGPecograph Indústria Metalúrgica Ltda, acostada às fls. 23/31 dos autos, bem como da consulta ao Sistema Serpro da Receita Federal (CD de fl. 08), que a IGP Administração e Participações - Eireli passou a compor o quadro societário da Autuada a partir de fevereiro de 2016, portanto, posterior ao período autuado.

Assim sendo, deve-se excluir a Coobrigada IGP Administração e Participações do polo passivo da autuação, por não ter praticado qualquer ato contrário a lei, ao tempo dos fatos objeto do lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a empresa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IGP Administração e Participações do polo passivo da autuação, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 25 de outubro de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

Bernardo Motta Moreira
Relator

CS/T
CC/MG