

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.374/15/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000191574-26
Recurso de Revisão: 40.060137184-49, 40.060137185-11 (Coob.)
Recorrente: Padaria Panis Angelicus Ltda
IE: 062829597.00-96
Luiz Antônio de Barros (Coob.)
CPF: 474.296.826-34
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Coobrigado: Comercial M.M. Informática Ltda - EPP
IE: 062080725.00-06
Proc. S. Passivo: Eduardo Arrieiro Elias/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75. Comprovado nos autos não a mera ausência de recolhimento de ICMS devido pela pessoa jurídica, mas sim, a prática de atos pelo administrador que repercutiram no descumprimento da obrigação tributária. Legítima a inclusão no polo passivo da obrigação tributária do sócio administrador arrolado no Auto de Infração. Mantida a decisão recorrida.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – EMPRESA DESENVOLVEDORA DE PROGRAMA APLICATIVO FISCAL. A Coobrigada, empresa desenvolvedora do programa aplicativo fiscal utilizado pela Autuada, ora Recorrente, responde solidariamente pela obrigação tributária, quando contribui ou proporciona instrumentos e mecanismos para uso irregular do ECF – Emissor de Cupom Fiscal, nos termos do art. 21, inciso XIII da Lei nº 6.763/75. Correta a eleição da Coobrigada para o polo passivo da obrigação tributária. Não foi matéria de recurso.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - UTILIZAÇÃO/FORNECIMENTO DE PROGRAMA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO - PAF/ECF. Constatação de utilização de programa aplicativo fiscal, para uso em ECF, em desacordo com a legislação, nos termos do art. 16 da Lei nº 6.763/75, Portarias da Secretaria de Estado de Fazenda nºs 068/08 e 081/09 e Ato COTEPE/ ICMS nº 06/08. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXVII da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. Restou comprovado nos autos que a Impugnante promoveu reiteradamente saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal. A forma pela qual se deu a mencionada infração não deixa dúvidas quanto à existência ou utilização de meio fraudulento com o intuito de induzir a Fiscalização ao erro, com o fim de suprimir o pagamento do tributo apurável na forma do Simples Nacional. Correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, inciso XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 75, inciso II, § 1º e art. 76, inciso IV, alínea “d”, § 2º da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11. Mantida a decisão recorrida.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações dos registros lançados em aplicativo não autorizado pela SEF/MG e os valores das saídas oficialmente informados à Fiscalização, que a Impugnante promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. 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. Infração caracterizada. Mantida a decisão recorrida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado, mediante confronto entre as informações dos registros lançados em aplicativo não autorizado pela SEF/MG e os valores das saídas oficialmente informados à Fiscalização, que a Impugnante promoveu saídas de mercadorias, sujeitas ao recolhimento antecipado pelo regime de substituição tributária, desacobertadas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Mantida a decisão recorrida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ENTRADA DESACOBERTADA. Constatada a entrada de mercadoria desacobertada de documento fiscal, após a identificação de saída desacobertada, apurada mediante confronto entre as informações constantes dos registros lançados em aplicativo não autorizado pela SEF/MG e os valores de saídas oficialmente informados à Fiscalização. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Mantida a decisão recorrida.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – PRODUTOS DIVERSOS. Constatada a entrada de mercadoria desacobertada de documento fiscal, após a identificação de saída desacobertada, apurada mediante confronto entre as informações constantes dos registros lançados em aplicativo não autorizado pela SEF/MG e os valores de saídas oficialmente informados à Fiscalização. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Mantida a decisão recorrida.

Recursos de Revisão conhecidos à unanimidade e não providos pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Da Decisão Recorrida

Trata-se de imputação fiscal sobre recolhimento a menor do ICMS normal e do ICMS/ST, no período de 01/01/08 a 30/04/11, em face da constatação de entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas por meio da análise de documentos extrafiscais eletrônicos regularmente apreendidos, os quais demonstraram a existência de uma parcela de vendas realizadas sem emissão de documento fiscal.

Foi constatada, também, a utilização de Programa Aplicativo Fiscal (PAF), sistema “SAT”, desenvolvido e fornecido pela empresa Comercial M.M. Informática Ltda, ora Coobrigada, para uso em ECF, em desacordo com a legislação tributária.

Em decorrência das reiteradas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, a Autuada, ora Recorrente, foi excluída do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, retroativamente a 1º de janeiro de 2008, nos termos do disposto no art. 29, inciso XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 75, inciso II, § 1º e art. 76, inciso IV, alínea “d”, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11.

Foram exigidas as parcelas de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação simples e em dobro conforme art. 56, inciso II c/c o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo e Multas Isoladas previstas nos arts. 54, inciso XXVII e 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

Registra-se que não ocorreu a adequação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 ao disposto no § 2º do referido art. 55, uma vez que, muito embora apontada pela Fiscalização no relatório fiscal, o cálculo da penalidade não demandou tal providência por se tratar de cobrança do imposto com a utilização da alíquota de 18% (dezoito por cento).

Foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, além da empresa atuada, na condição de responsáveis solidários pela obrigação tributária, o sócio administrador da Autuada, ora Recorrente, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN e art. 207, § 1º, item 1 da citada lei e a empresa fornecedora do aplicativo fiscal, com fulcro no art. 21, inciso XIII e art. 207, § 1º, item 1 da Lei nº 6.763/75.

Consta no Relatório Fiscal (fls. 23) que a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXVII da Lei nº 6.763/75, exigida em virtude da “utilização de programa aplicativo fiscal em desacordo com a legislação tributária”, é de responsabilidade apenas da empresa atuada (Padaria Panis Angélicus Ltda) e do Coobrigado sócio administrador. E, que será exigida tal penalidade da empresa coobrigada, desenvolvedora do referido aplicativo, em outro auto de infração em razão do “fornecimento” de tal programa.

A 1ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.670/14/1ª, pelo voto de qualidade, julgou procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro e Marcelo Nogueira de Moraes, que o julgavam parcialmente procedente para: a) aplicar a carga tributária média em relação às saídas desacobertadas, utilizando-se dos parâmetros lançados no “Anexo 5” do Auto de Infração, adequando-se, a seguir, a multa isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, inclusive em relação às saídas desacobertadas de produtos do regime de substituição tributária; e b) excluir as exigências fiscais vinculadas às entradas desacobertadas. À unanimidade, aprovou a exclusão da Autuada, ora Recorrente, do Simples Nacional.

Inconformados, a Recorrente/Atuada e o Coobrigado Luiz Antônio de Barros (sócio administrador) interpõem, tempestivamente e por intermédio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 664/677, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

DECISÃO

Da Preliminar de Admissibilidade do Recurso

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o Recurso de Revisão interposto.

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

Os Recorrentes retornam no seu Recurso de Revisão com a tese de nulidade do Auto de Infração, por entenderem que, no caso dos autos, há ofensa ao princípio da ampla defesa e agressão aos preceitos do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN e art. 92 do RPTA.

No entanto, com o devido respeito, não há nenhuma razoabilidade na tese defendida pela defesa dos Recorrentes, na medida em que há no Auto de Infração todos os requisitos exigidos na legislação tributária atinentes ao lançamento de ofício, como exaustivamente restou demonstrado nos fundamentos expostos no acórdão recorrido, os quais se reproduzem a seguir:

“Do simples exame da documentação constante dos autos, verifica-se que a Fiscalização seguiu rigorosamente os requisitos exigidos para a formalização do crédito tributário, quais sejam, os definidos pelos arts. 85 e seguintes do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários e Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 03 de março de 2008, proporcionando aos Impugnantes toda a condição necessária e suficiente para a realização da defesa.

O processo de fiscalização foi levado a efeito com a utilização de procedimento tecnicamente idôneo previsto no inciso I do art. 194 do RICMS/02, calcados na análise das informações fiscais do contribuinte, bem como de documentos subsidiários (extrafiscais), copiados de computadores operados no estabelecimento da

Autuada, os quais continham as informações necessárias e suficientes para a apuração e quantificação do fato imponível.

Lavrado o competente Auto de Infração, as pessoas física e jurídicas, eleitas para figurar no polo passivo da relação tributária, foram devidamente intimadas para pagarem ou parcelarem o crédito tributário apurado, com as reduções de penalidades previstas na legislação ou exercerem o legítimo e constitucional direito de defesa.

Esclareça-se, por oportuno, que o lançamento foi levado a efeito por autoridade administrativa constitucionalmente competente para a prática do ato, tendo sido elaborado Relatório Fiscal circunstanciado, contendo a descrição detalhada do fato imponível, com citação dos dispositivos legais relativos às infringências e penalidades aplicadas e contendo planilhas/demonstrativos autoexplicativos, além do Demonstrativo do Crédito tributário, fazendo parte integrante dele o Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM, os quais foram devidamente apresentados aos Sujeitos Passivos.

O Auto de Infração, portanto, contém todas as informações e elementos necessários e suficientes ao esclarecimento da imputação objeto do presente feito fiscal. A propósito, os próprios argumentos trazidos pelos Impugnantes no bojo da peça defensiva, por si só, demonstram que houve o perfeito e necessário entendimento das acusações que lhes foram imputadas.

O conjunto probatório dos autos constante dos anexos do Relatório Fiscal, que faz parte integrante do presente Auto de Infração, demonstra de forma inequívoca e incontestável a ocorrência da acusação efetivada, com determinação da matéria tributável, demonstração do montante do tributo devido e identificação do sujeito passivo.

Dessa forma, o presente lançamento preenche todos os preceitos legais e regulamentares que disciplinam a matéria, não havendo que se falar em descumprimento de norma inculpada na legislação tributária para tal, mormente as disposições contidas no art. 142 do CTN”.

Mantêm-se, dessa forma, a rejeição do pedido de nulidade do Auto de Infração.

Do Mérito

Considerando que a decisão tomada por esta Câmara Especial não se contrapõe à fundamentação do acórdão recorrido, adotam-se os mesmos fundamentos da decisão “*a quo*”, salvo pequenas alterações.

Decorre o lançamento da constatação fiscal de utilização de Programa Aplicativo Fiscal (PAF), sistema “SAT”, desenvolvido e fornecido pela empresa Comercial M.M. Informática Ltda, ora Coobrigada, para uso em ECF, em desacordo com a legislação tributária e de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de 01/01/08 a 30/04/11, cujo valor foi apurado mediante o confronto dos dados contidos nos documentos extrafiscais com os valores das saídas oficialmente informados à Fiscalização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal foram apuradas por meio do procedimento previsto no art. 194, inciso I do RICMS/02.

Inicialmente, quanto à possível extinção, pelo lapso decadencial, de algumas parcelas do crédito tributário exigido, concernente aos fatos geradores ocorridos até 29/05/08, por força das disposições contidas no § 4º do art. 150 do CTN, embora não arguido pelos Recorrentes, vale destacar que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I do CTN.

Dessa forma, os fatos geradores evidenciados no presente feito fiscal, relativos ao exercício de 2008, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/14.

Nessa linha de entendimento, como a intimação do Auto de Infração deu-se em 29/05/13 (fls. 12), não ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2008, nos termos da norma ínsita no referido dispositivo legal.

Convém mencionar que, ainda que se entendesse pela aplicação ao presente caso da norma posta no art. 150 do CTN, a ressalva contida no seu § 4º, deixa clara a sua inaplicabilidade na ocorrência de fraude e/ou simulação, como se constata nos presentes autos.

Passa-se à análise das irregularidades constantes dos autos:

1 - utilização de Programa Aplicativo Fiscal (PAF) desenvolvido e fornecido pela empresa Comercial M.M. Informática Ltda, para uso em ECF, em desacordo com a legislação tributária.

2 - entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Ressalta-se que o procedimento fiscal em exame originou-se com o desenvolvimento da operação fiscal denominada “Operação Mr. MM”, que teve por finalidade investigar a regularidade das atividades desempenhadas pela empresa Comercial M.M. Informática Ltda que, além de atuar no comércio varejista de equipamentos e suprimentos de informática, agia como desenvolvedora e fornecedora de programas de computadores, inclusive de natureza fiscal, para serem utilizados por contribuintes do ICMS.

No bojo dessa operação foram realizadas, no dia 25/05/11, diligências no estabelecimento da empresa alvo e nos estabelecimentos de alguns contribuintes clientes seus, onde foram apreendidos documentos e efetivada copiagem e autenticação de documentos digitais e arquivos do servidor de computadores por eles operados.

Conforme explicitado no Relatório Fiscal, que integra o Auto de Infração, em trabalho desenvolvido pela Estação Regional de Auditoria Digital – ERAD vinculada à Delegacia Fiscal DF/BH-1 da SEF/MG, foi identificado que versões do PAF-ECF desenvolvidas pela empresa Comercial M.M. Informática Ltda e instaladas nos caixas em operação no estabelecimento da Autuada, ora Recorrente, são versões não cadastradas na SEF/MG e/ou que permitiam a configuração e utilização de seus módulos para a realização de vendas de mercadorias sem a emissão de cupom fiscal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

válido, conforme Relatórios Técnicos nºs 001/12 (fls. 172/189) e 032/11 (CD de fls. 191).

A análise e ensaios técnicos efetivados e demonstrados com riqueza de detalhes nos relatórios retromencionados comprovam, de forma inequívoca, a ocorrência de operações sem a necessária emissão de documento fiscal válido, decorrente de prática de sonegação engendrada pela empresa fornecedora do programa e deliberadamente utilizada pela Autuada, ora Recorrente.

A efetivação e o armazenamento das vendas realizadas sem a emissão de documento fiscal nos bancos de dados da Autuada, ora Recorrente, só foi possível por meio da utilização de programa aplicativo fiscal que permite esse registro, contrariando o disposto no art. 68, § 1º, inciso I da Portaria SRE nº 068, de 04/12/08.

Para a apuração do valor omitido, extraiu-se dos arquivos copiados o total das operações de vendas de mercadorias realizadas pela Autuada, ora Recorrente, no período (arquivo "PANIS.mdb", criado em laboratório - conf. Rel. Técnico nº 001/12 e constante do DVD-R nº 1 anexo ao Auto de Infração) que, confrontado com os valores das saídas oficialmente informados à Fiscalização (fls. 144/159 dos autos), obteve-se o valor das saídas desacobertas de documentação fiscal.

De acordo com a Fiscalização não houve arbitramento do valor das saídas desacobertas, uma vez que os elementos e dados armazenados nos arquivos copiados dos computadores da Autuada, ora Recorrente, permitiram apurar as operações praticadas e os seus correspondentes valores.

Obtido o valor das saídas desacobertas de documentação fiscal e, considerando que na tabela "Notas Vista" do banco de dados do sistema "SAT" "Panis.mdb", da qual os referidos dados foram extraídos, não continha informações que possibilitassem inferir a exata situação tributária dos diversos itens de cada operação, a Fiscalização utilizou-se de instrumentos previstos na legislação tributária e/ou plenamente aceitos e admitidos nos diversos roteiros de apuração e auditoria fiscal, para qualificar a exigência fiscal (separar as operações sujeitas à substituição tributária - ST daquelas de tributação normal e obter o valor de entrada da mercadoria desacoberta e da base de cálculo das operações sujeitas à ST, uma vez que a tributação, nesse caso, dá-se pelo valor de entrada acrescido da Margem de Valor Agregado - MVA, prevista na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, para as mercadorias).

Cumprе ressaltar que todos os dados utilizados foram extraídos das informações prestadas pela Autuada, ora Recorrente, à Fiscalização e/ou dos arquivos copiados.

Dessa forma, para fazer o rateio das operações sujeitas à substituição tributária e tributação normal, adotou-se a mesma proporção das saídas acobertas informadas pela Contribuinte no item 4 (resumo da declaração) da Declaração Anual do Simples Nacional - DASN e Declaração de Apuração do ICMS - DAPI (vide colunas "b" e "c" e linha "e" dos Anexos 1 e 3 - fls. 27/30 e 37/40).

Para obtenção do valor das entradas, deduziu-se do valor das saídas desacobertas o percentual médio de agregação do período, praticado pela Autuada,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ora Recorrente, extraído das informações da Declaração Anual do Movimento Econômico Fiscal - DAMEF da Contribuinte (quadro “r” e linha “r” dos Anexos 1 e 3 - fls. 27/30 e 37/40).

Em seguida, aplicou-se a alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre a base de cálculo do ICMS, com fulcro no § 71 do art. 12 da Lei nº 6.763/75 c/c art. 144, § 1º do CTN.

Para obtenção da base de cálculo do ICMS/ST, aplicou-se a “MVA Média Ponderada” apurada pela Fiscalização no Anexo 1 (fls. 27/30), cujos dados foram obtidos em uma amostragem de 167.000 itens de operações realizadas pela Contribuinte no período (Anexo 5 - fls. 43/129 e DVD-R fls. 193), sobre o valor das entradas das mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Como se vê, diferentemente da alegação dos Recorrentes de que o lançamento foi fundamentado em presunção, a constatação da ocorrência reiterada de saídas desacobertas de documentação fiscal está calcada em elementos e dados sólidos, armazenados nos arquivos copiados dos computadores da Autuada, ora Recorrente.

Esses dados permitiram apurar as operações praticadas pela Autuada, ora Recorrente, com elementos suficientes para se afirmar com total segurança a veracidade da sua ocorrência, tais como: data e hora da operação, código do funcionário que operou o sistema, valor total, características do pagamento (se cartão, dinheiro, cheque ou ticket), valor do troco, dentre outros, conforme se pode verificar na Tabela “Notas Vista” da planilha Access do arquivo Panis.mdb, por exemplo, contido no DVD-R às fls. 191. Tanto é que os Impugnantes, em momento algum, contestam ou negam de forma eficaz e fundamentada que as operações levantadas pela Fiscalização realmente ocorreram.

Uma vez comprovada a possibilidade de ocorrência de operações sem a emissão de documento fiscal válido, com a utilização de ECF adulterado, porquanto possuidor de programa que permite o registro de operação sem a devida emissão do Cupom Fiscal e/ou não cadastrado na SEF/MG, bastou a Fiscalização efetuar o somatório dos valores das operações registradas e armazenadas no sistema e deduzir o valor das operações oficialmente informadas pela Contribuinte à Fiscalização. O resultado não pode ser outro senão o valor das operações realizadas sem a emissão de documento fiscal.

Assim, a Fiscalização elaborou as planilhas de fls. 27/30, informando o total de saídas apuradas no aplicativo fiscal irregular (coluna d). Em seguida, apurou o movimento declarado à Fiscalização, identificando as modalidades de valor contábil, tributação normal e substituição tributária (colunas a, b e c).

Confrontando as saídas totais do estabelecimento com o valor contábil declarado pela Autuada, ora Recorrente, apurou-se o montante de saídas desacobertas (coluna d1).

Logo após, utilizando-se da proporcionalidade, conforme percentuais extraídos da escrita fiscal da Autuada, ora Recorrente, identificou-se as saídas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desacobertadas sujeitas à tributação normal e pelo regime de substituição tributária (colunas f e g).

Em relação às saídas de mercadorias sujeitas à tributação no momento da saída do estabelecimento autuado, exige a Fiscalização o ICMS devido, calculado pela alíquota de 18% (dezoito por cento), a respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, valores esses lançados nas planilhas de fls. 32/35.

No tocante às saídas vinculadas ao regime de substituição tributária, a exigência refere-se exclusivamente à penalidade isolada capitulada no mesmo dispositivo supra mencionado (colunas MI (q)).

Pleiteia a Recorrente que, no mínimo, lhe seja concedido a redução da carga tributária, prevista para os produtos de panificação e os alimentícios consumidos no estabelecimento.

Lado outro, destaca a Fiscalização que o argumento da Defesa de que foi desconsiderado que a maioria dos produtos comercializados por padarias possui alíquota diversa da aplicada, não retira a correção do lançamento efetuado, pois a alíquota de 18% (dezoito por cento) foi aplicada com fulcro e por determinação da norma ínsita no art. 12, § 71 da Lei nº 6.763/75, na redação que lhe foi dada pela c/c art. 144, § 1º do CTN.

O dispositivo regulamentar retromencionado assim dispõe:

§ 71. Na hipótese do , a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

Portanto, com razão a Fiscalização, pois embora se reconheça que parte dos produtos comercializados pela Autuada, ora Recorrente, listados no Anexo 5 do AI (fls. 43/129 e CD de fls. 193), sujeita-se à redução da base de cálculo prevista no item 19 do Anexo IV do RICMS/02, não se sabe exatamente quais produtos foram comercializados, não há como ser apurada a alíquota aplicável aos produtos cujas saídas deram sem acobertamento fiscal.

Convém destacar que foi dada oportunidade à Autuada, ora Recorrente, para que ela especificasse e comprovasse, de forma inequívoca, as operações e prestações realizadas e as alíquotas aplicadas, conforme se depreende da diligência exarada pela Câmara de Julgamento (fls. 525).

Em resposta, a Autuada, ora Recorrente, trouxe aos autos as planilhas de fls. 582/612, denominadas de “Curva abc – Departamento”, relativas ao período de 01/10/13 a 31/12/13. Explica a Autuada, ora Recorrente, que as informações constantes em tais planilhas demonstram a “Curva ABC” de suas saídas, que é apta a comprovar,

ainda que por amostragem, que nem todas as saídas supostamente desacobertas foram realizadas com a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento).

A Autuada, ora Recorrente, sustenta que os controles gerenciais que anexa demonstram que apenas 3,52% (três vírgula cinquenta e dois por cento) dos produtos comercializados por ela são sujeitos à alíquota de 18% (dezoito por cento). E, que a grande maioria dos produtos, cujas saídas são tributadas nas saídas, é sujeita às alíquotas de 7% (sete por cento) – cesta básica e de 8,4% (oito vírgula quatro por cento) – produtos de panificação.

Contudo, os demonstrativos trazidos aos autos pela Autuada, ora Recorrente, em atendimento à medida determinada pela Câmara de Julgamento, relativos ao período de 01/10/13 a 31/12/13, não se referem ao período autuado (01/01/08 a 30/04/11). Também não foram trazidos aos autos especificação das mercadorias que foram comercializadas sem acobertamento fiscal. Enfim, tais informações não atendem à determinação da Câmara.

Assim, o que se constata é que, objetivamente, o despacho interlocutório não foi cumprido pela Autuada, ora Recorrente, como bem assevera a Fiscalização.

Destaca-se que a Fiscalização apurou os valores das entradas desacobertas, após a identificação das saídas desacobertas, tanto pelo regime normal de apuração, quanto em relação às saídas por substituição tributária.

E, utilizando-se do percentual de agregação média, apurado para o período de 2008 a 2011 (33,8274%), conforme operações declaradas à Fiscalização pela Autuada, ora Recorrente, a Fiscalização promoveu a exclusão desse percentual da base de cálculo das saídas apuradas, identificando-as como entradas desacobertas.

Observa-se que para identificação da parcela de entrada desacoberta, a Fiscalização divide o valor das saídas desacobertas pela soma de um inteiro mais o percentual médio de agregação (1 + 33,8274).

A título de exemplo, a apuração do mês de janeiro de 2008 ocorre da seguinte forma, partindo-se dos elementos da planilha de fls. 27:

- saída desacoberta operação normal: R\$ 35.347,72;
- operação: $R\$ 35.347,72 : 1.338274 = 26.412,93$;
- entrada desacoberta operação normal: R\$ 26.412,93.

A mesma operação foi realizada para a apuração da entrada desacoberta relativa aos produtos alcançados pela substituição tributária.

Em seguida, sobre os valores das entradas dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, apontados nas planilhas de fls. 27/30, a Fiscalização aplicou a MVA média apurada para as mercadorias comercializadas pela Autuada, ora Recorrente (50,95%), conforme Anexo 5 do AI (fls. 43/129), para apurar o valor do ICMS/ST lançado na coluna “n” das planilhas de fls. 32/35.

No cálculo da multa isolada aplicada pelas entradas desacobertas, a exigência se faz sobre os valores das colunas “h” e “i” das planilhas de fls. 27/30, sem agregação de MVA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como bem destaca a Fiscalização, a mencionada apuração encontra-se alicerçada nas informações disponibilizadas pela Autuada, ora Recorrente, no DASN/2008 e DAMEF 2009/2011.

Destaca a Fiscalização que um simples e rápido exame das informações prestadas pela Autuada, ora Recorrente, pode confirmar tal conclusão, conforme pontua:

- conforme se pode ver nos DASN/2008 e DAMEF 2009/2010 (fls. 144/166), no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010, a Autuada, ora Recorrente, informou que teve estoque inicial de R\$ 6.470,00 (seis mil, quatrocentos e setenta reais), adquiriu mercadoria no valor de R\$ 1.473.144,57 (um milhão, quatrocentos e setenta e três mil, cento e quarenta e quatro reais e cinquenta e sete centavos) e teve estoque final de R\$ 15.421,00 (quinze mil, quatrocentos e vinte e um reais);

- informou, também, que promoveu saídas no valor de R\$ 2.193.637,54 (dois milhões, cento e noventa e três mil, seiscentos e trinta e sete reais e cinquenta e quatro centavos), que somado ao valor das saídas desacobertadas apuradas (R\$ 1.818.636,90) totalizou o valor de R\$ 4.012.274,44 (quatro milhões, doze mil, duzentos e setenta e quatro reais quarenta e quatro centavos).

- vale dizer, teve um Custo de Mercadoria Vendida – CMV (EI + Compras - EF) de R\$ 1.464.193,57 (um milhão, quatrocentos e setenta e três mil, cento e quarenta e quatro reais e cinquenta e sete centavos) para um total de vendas de R\$ 4.012.274,44 (quatro milhões, doze mil, duzentos e setenta e quatro reais quarenta e quatro centavos). Isso equivale a uma agregação superior a 174% (cento e setenta e quatro por cento), bem maior do que a margem de agregação média de 33,82% (trinta e três vírgula oitenta e dois por cento) apurada para as operações acobertadas do período (quadro “r” do Anexo 1) e bastante elevada (praticamente inconcebível) para o seguimento, o que confirma a conclusão de ocorrência de omissão e/ou entradas desacobertadas.

Corroborando o raciocínio supra reproduzido, quanto à discrepância das margens de agregação, as análises efetuadas pela Fiscalização, às fls. 528/531, em atendimento à diligência exarada pela Câmara de Julgamento.

Destaca-se que, nessa oportunidade, a Fiscalização colacionou aos autos informações técnicas, exaradas pela Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais da Secretaria de Estado de Fazenda – SAIF/SEF, nas quais constam as margens de lucros agregadas pelo setor de atividade da Impugnante. São elas:

Percentual médio de agregação, por exercício:

- 2008 = 27% (vinte sete por cento);
- 2009 = 21% (vinte um por cento);
- 2010 = 27% (vinte e sete por cento);
- 2011 (meses de janeiro a abril) = 33% (trinta e três por cento).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tais percentuais são infinitamente inferiores à agregação de 174% (cento e setenta e quatro por cento), apurada pela Fiscalização, a partir da análise de que as entradas de mercadorias acobertadas por documentação fiscal suportou todas as saídas de mercadorias promovidas pela Impugnante (com e sem documentação fiscal).

Conclui-se, pois, sem muito esforço, conforme demonstrado pela Fiscalização, que as entradas de mercadorias informadas à Fiscalização pela Autuada, ora Recorrente, são insuficientes para suportar o volume de saídas informadas e constatadas, denotando-se, dessa forma, que as mercadorias objeto do lançamento entraram e saíram do estabelecimento da Autuada, ora Recorrente, desacobertadas de documento fiscal.

Afirma a Fiscalização que os valores das entradas constantes das DAPI, cujas cópias foram acostadas aos autos pelos Recorrentes às fls. 243/436, correspondem apenas e tão somente às mercadorias que saíram acobertadas de documento fiscal. Esses valores foram considerados na apuração da margem de valor agregado, uma vez que são os mesmos informados na DAMEF da Contribuinte como aquisição de mercadorias (fls. 144/166).

Verifica-se que não há nenhuma impropriedade no trabalho fiscal, pois a conclusão de que houve entrada de mercadoria sem documento fiscal foi obtida mediante procedimento tecnicamente idôneo, largamente utilizado pela Fiscalização, em vários lançamentos julgados procedentes por este Conselho. Cita-se, por exemplo, a seguinte decisão:

ACÓRDÃO: 21.389/13/1ª

RITO: ORDINÁRIO

(...)

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO . CONSTATADA A PRÁTICA DE ATOS COM INFRAÇÃO A LEI, CORRETA A ELEIÇÃO DO COOBRIGADO PARA O POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA NOS TERMOS DO ART. 124, INCISO II DO CTN C/C O ART. 21, INCISO XII DA LEI Nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSTATADO, MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS INFORMAÇÕES CONSTANTES EM DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS, DEVIDAMENTE APREENDIDOS NO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA, COM AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS NO MESMO PERÍODO, QUE O SUJEITO PASSIVO PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (COSMÉTICOS, PERFUMARIA, ARTIGOS DE TOUCADOR) 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, ART. 56, INCISO II C/C § 2º, INCISO III E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, TODOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

QUANTO À APURAÇÃO DO VALOR A TRIBUTAR, O PROCEDIMENTO UTILIZADO PELA FISCALIZAÇÃO NÃO DEIXA DÚVIDAS, PRINCIPALMENTE APÓS AS DILIGÊNCIAS DETERMINADAS PELA CÂMARA DE JULGAMENTO E PELA ASSESSORIA DO CC/MG, DE QUE AS ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A ST ESCRITURADAS PELA AUTUADA NÃO SÃO CAPAZES DE SUPORTAR AS SAÍDAS DE MERCADORIAS EFETUADAS NO PERÍODO FISCALIZADO.

DEPREENDE-SE DO LEVANTAMENTO FISCAL QUE, PARA QUE FOSSE POSSÍVEL QUE A PARCELA DE MERCADORIAS SUJEITAS À ST, ADQUIRIDA COM ACOBERTAMENTO FISCAL, SUPORTASSE AS VENDAS ACOBERTADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À ST E TAMBÉM AS SAÍDAS DESACOBERTADAS APURADAS NO LANÇAMENTO, SERIA NECESSÁRIO QUE A AUTUADA PRATICASSE UMA MARGEM DE AGREGAÇÃO MUITO SUPERIOR AQUELAS NORMALMENTE PRATICADAS PELO COMÉRCIO ATACADISTA CONFORME DEMONSTRATIVO SUPRA.

OBSERVA-SE, PELA PLANILHA CONSTANTE DE FL. 1526, QUE PARA O EXERCÍCIO DE 2010 A MARGEM DE AGREGAÇÃO CHEGARIA AO PATAMAR DE 4.687% (QUATRO MIL SEISCENTOS E OITENTA E SETE POR CENTO).

DESSA FORMA, OS ELEMENTOS DOS AUTOS AUTORIZAM A EXIGÊNCIA DO ICMS/ST E A RESPECTIVA MULTA DE REVALIDAÇÃO, UMA VEZ QUE RESTOU DEMONSTRADO QUE TAIS MERCADORIAS NÃO TIVERAM O IMPOSTO RECOLHIDO NO MOMENTO DA ENTRADA NO TERRITÓRIO MINEIRO.

(...)

Outros argumentos trazidos pela Fiscalização corroboram a manutenção das exigências fiscais relativas às entradas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Confira-se:

(...) Os números e os percentuais, extraídos da escrituração fiscal e contábil do contribuinte, demonstram de forma cristalina que as mercadorias saíram desacobertadas porque deram entrada no estabelecimento também desacobertadas. **As entradas escrituradas não suportam o volume total das saídas contabilizadas e aquelas apuradas pelo Fisco, indicando que realmente as mercadorias objeto do lançamento entraram e saíram do estabelecimento desacobertadas de documentos fiscais.**

De acordo com os dados extraídos da escrita do contribuinte, para que as entradas registradas suportassem as saídas apuradas, verificar-se-ia a ocorrência de uma MVA superior a 174% infinitamente maior do que a MVA média de 33,82% apurada para as operações acobertadas do período (quadro "r" do

Anexo 1) e praticamente inconcebível para o segmento, conforme comprovam os documentos de fls. 534/536.

A jurisprudência deste CC/MG é pacífica, tendo suas diversas Câmaras de Julgamento se manifestado de forma reiterada e favorável à aprovação do procedimento em comento, conforme se pode confirmar nos acórdãos seguintes: 19.381/11/2ª, 19.822/12/2ª, 19.823/12/2ª, 19.845/12/2ª, 21.029/13/3ª a 21.033/13/3ª, 21.195/13/3ª, 21.196/13/3ª, 21.202/13/3ª, 21.203/13/3ª, dentre outros. (Grifos acrescidos).

A pretensão dos Recorrentes de abatimento do lançamento do crédito do ICMS, não possui respaldo legal. Se a mercadoria deu entrada no estabelecimento desacobertada de documentação fiscal, não há que se falar em creditamento do ICMS da operação anterior. Até porque se não houve documento fiscal na operação anterior, não houve imposto destacado a apropriar.

Nesse sentido, é farta a jurisprudência do CC/MG, conforme se pode atestar na transcrição de parte do Acórdão nº 20.609/12/3ª, *in verbis*:

ACORDÃO Nº 20.609/12/3ª

CONSIDERANDO-SE QUE AS OPERAÇÕES OCORRERAM DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, NO CÁLCULO DO ICMS/ST O FISCO NÃO ABATEU O CRÉDITO RELATIVO À OPERAÇÃO PRÓPRIA DO REMETENTE, UMA VEZ QUE ESTA PARCELA DO IMPOSTO NÃO FOI COBRADA NA ORIGEM (SÃO PAULO). ESTE PROCEDIMENTO RESPEITA O PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS QUE, NOS ESTRITOS TERMOS DO ART. 155, § 2º, INCISO I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, EFETIVA-SE ATRAVÉS DA COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO EM CADA OPERAÇÃO COM O MONTANTE COBRADO NAS ETAPAS ANTERIORES PELO MESMO OU OUTRO ESTADO OU DISTRITO FEDERAL.

ART. 155 – COMPETE AOS ESTADO E AO DISTRITO FEDERAL INSTITUIR IMPOSTOS SOBRE: (...)

§ 2º - O IMPOSTO PREVISTO NO INCISO II, ATENDERÁ O SEGUINTE:

I - SERÁ NÃO-CUMULATIVO, COMPENSANDO-SE O QUE FOR DEVIDO EM CADA OPERAÇÃO RELATIVA À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM O MONTANTE COBRADO NAS ANTERIORES PELO MESMO OU OUTRO ESTADO OU PELO DISTRITO FEDERAL.

NESSE SENTIDO, ESTABELECE O ART. 68 DO RICMS/02, QUE “O CRÉDITO CORRESPONDERÁ AO MONTANTE DO IMPOSTO CORRETAMENTE COBRADO E DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL RELATIVO À OPERAÇÃO OU À PRESTAÇÃO”, SENDO REFORÇADO EM SEU PARÁGRAFO ÚNICO QUE “SE O IMPOSTO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL FOR INFERIOR AO DEVIDO, O VALOR A SER ABATIDO CORRESPONDERÁ AO DO DESTAQUE,

FICANDO ASSEGURADO O ABATIMENTO DA DIFERENÇA, DESDE QUE FEITO COM BASE EM DOCUMENTO FISCAL COMPLEMENTAR EMITIDO PELO ALIENANTE OU REMETENTE DA MERCADORIA OU PELO PRESTADOR DO SERVIÇO”.

ORA, SE AS OPERAÇÕES OCORRERAM DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CONCLUI-SE QUE INEXISTIU QUALQUER DESTAQUE DO IMPOSTO, NÃO HAVENDO NENHUMA PROVA NOS AUTOS DE QUE ESTE TENHA SIDO PELO MENOS COBRADO.

ASSIM SENDO, CORRETAMENTE AGIU O FISCO, AO NÃO COMPENSAR, NO CÁLCULO DO ICMS/ST, O CRÉDITO RELATIVO À OPERAÇÃO PRÓPRIA DO REMETENTE, UMA VEZ QUE ESTA PARCELA DO IMPOSTO (ICMS OPERAÇÃO PRÓPRIA) NÃO FOI COBRADA NA ORIGEM (ESTADO DE SÃO PAULO), EIS QUE AS OPERAÇÕES OCORRERAM DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

No que se refere à alegação dos Recorrentes, no sentido de que não foi demonstrada, pela Fiscalização, a responsabilidade tributária da Autuada, ora Recorrente, em relação à exigência do ICMS/ST, cumpre destacar que, conforme se verifica pela capitulação legal inserta no Relatório Fiscal, às fls. 20/21 dos autos, a referida responsabilidade foi atribuída com fulcro nos arts. 14 e 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, em seguida reproduzidos:

Art. 14 - O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria relacionada na deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista no caput deste artigo aplica-se também ao estabelecimento depositário, na operação de remessa de mercadorias para depósito neste Estado.

Art. 15 - O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

Depreende-se da norma contida nos retromencionados dispositivos legais que o destinatário da mercadoria sujeita à substituição tributária e é responsável pelo recolhimento do imposto devido quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção do imposto ou efetua-la a menor (art. 15) ou, em operação interestadual, quando a responsabilidade pelo recolhimento do imposto não for atribuída ao alienante ou ao remetente (art. 14) – ST em âmbito interno.

Outrossim, a apuração do ICMS/ST ora exigido deu-se por meio da aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre o valor das entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, acrescida da MVA média apurada conforme Anexo 5 do Auto de Infração (fls. 43/129).

A utilização da alíquota de 18% (dezoito por cento) encontra-se corretamente aplicada conforme já mencionado anteriormente. Acrescenta-se que para parcela das mercadorias sujeitas a ST comercializadas pelo estabelecimento há previsão da alíquota de 25% (vinte por cento), maior que a alíquota adotada pela Fiscalização, como no caso de algumas bebidas alcoólicas (art. 42, inciso I, alínea “a”, subalínea “a.2”).

Vale lembrar que a Autuada, ora Recorrente, mesmo após a medida determinada pela Câmara de Julgamento, não trouxe aos autos comprovação inequívoca de quais foram as mercadorias cujas operações se deram desacobertadas de documentação fiscal.

Por outro lado, não se encontra materializada nos presentes autos hipótese de aplicação do disposto no art. 211 do RICMS/02, em relação às penalidades isoladas aplicadas pelas entradas e saídas desacobertadas de documentação fiscal.

Dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 211. Apurando-se, na mesma ação fiscal, o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando forem as infrações conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem.

Nota-se, pois, que as penalidades isoladas exigidas em razão das aquisições e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal originam-se de fatos distintos (entrada e saída desacobertadas).

Quanto ao pleito dos Recorrentes, para que a multa isolada aplicada seja reduzida ao percentual de 20% (vinte por cento) do valor das operações, nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, verifica-se que a redução da penalidade é prevista quando a autuação se basear exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita fiscal ou comercial do contribuinte. Todavia, não é esse o caso dos autos.

Por fim, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco, em se tratando de multas que estão previstas na legislação estadual, efetivadas nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75 e, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias, às quais se encontra este

Conselho de Contribuintes adstrito em seus julgamentos, nos termos do que dispõe o art. 182 da referida lei.

Dessa forma, corretas as exigências fiscais de ICMS, ICMS/ST, das Multas de Revalidação simples e em dobro (art. 56, inciso II c/c o § 2º, III da Lei nº 6.763/75) e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Correta, também, a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXVII da Lei nº 6.763/75, em relação aos Impugnantes, uma vez que restou comprovado que a Autuada, ora Recorrente, utilizava-se de programa aplicativo fiscal em desacordo com a legislação tributária.

Da Responsabilidade dos Coobrigados

Foram alçados à condição de responsáveis solidários pela obrigação tributária o sócio administrador da Autuada, ora Recorrente, e a empresa fornecedora do aplicativo fiscal.

Ressalta-se que como a Coobrigada, empresa fornecedora do aplicativo fiscal, não apresentou recurso, as considerações a seguir serão apenas para o Recurso de Revisão apresentado pelo Coobrigado, sócio administrador, conjuntamente com a empresa autuada.

A Defesa dos Recorrentes aponta ilegalidade na inserção do sócio administrador como coobrigado, por entender que há ofensa ao disposto nos arts. 134 e 135 do CTN.

Argui que não existe conduta dolosa e que a responsabilidade de sócios não é objetiva, como argui a Fiscalização, citando decisões do CC/MG que culminaram com a exclusão da referida responsabilidade.

Certo é que a inserção do sócio administrador no polo passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável solidário, deu-se com fulcro no art. 135, inciso III do CTN.

A infração cometida pela empresa autuada decorre de utilização de ECF com programa aplicativo adulterado (continha dispositivo que permitia a realização de operação sem a emissão de cupom fiscal e sem a sua inclusão nos controles exigidos pela Fiscalização) e não cadastrado na SEF/MG.

Com a utilização do mencionado equipamento, foram efetivadas, de forma sistemática, as reiteradas saídas desacobertadas objeto do feito fiscal, importando em uma evasão de aproximadamente 50% (cinquenta por cento) do total das operações realizadas pelo estabelecimento.

Portanto, não se trata de uma mera falta de pagamento do tributo devido, mas, sim, de adoção de uma sistemática de sonegação previamente perpetrada com o claro objetivo de omitir operações de saídas de mercadorias e ocultá-las do controle da Fiscalização.

Essa sistemática necessita evidentemente de decisão gerencial, efetivada com infração de lei, portanto, alcançada pela responsabilidade prevista no art. 135, inciso III do CTN, mencionado.

Verifica-se que os atos ou omissões do sócio administrador foram decisivos para o cometimento da infração, concorrendo para o não recolhimento do tributo.

Desse modo, responde solidariamente pelo crédito tributário em exame, o sócio administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e dos negócios da empresa.

Vê-se que, 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 e, sim, a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública Estadual.

Induvidoso, portanto, que o sócio administrador tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as saídas / entradas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, na forma em que ocorreram, caracterizam a intenção de fraudar a Fiscalização.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta do sócio administrador da empresa atuada com intuito de lesar o Erário.

No caso do presente processo, há a comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, sendo necessária, portanto, a inclusão na sujeição passiva, do sócio administrador da empresa atuada com base no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c o inciso XII do mencionado artigo e art. 135, inciso III do CTN.

Segundo Carlos Alberto Hohmann Choinski ():

“A palavra “dolo” ganhou significado negativo, alçada a esta condição, exatamente pelo conceito jurídico-normativo que ganhou do direito civil e, especialmente, do direito penal. Foi a partir do direito penal que o termo “dolo” adquiriu notável carga semântica e, deixando de ser palavra substantiva, passou a adjetivar tudo aquilo que é “querido por má-fé”, e o que era sinônimo de “artifício de má-fé”, passou a significar a própria “má-fé”.”

Assim, para gerar efeitos jurídicos, o dolo, além de ser realizado como manifestação de vontade, está ligado ao resultado produzido, porque o que interessa é a lesividade causada e a proporção dessa lesividade em si (lesão ao patrimônio, lesão aos interesses e valores protegidos).

E outro não é caso dos autos. Ao se utilizar de aplicativo não autorizado, demonstra o Coobrigado, ora Recorrente, a clara intenção de ludibriar a Fiscalização.

Portanto, não assiste razão à pretensão dos Recorrentes de exclusão do sócio administrador do polo passivo da obrigação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em lhes negar provimento. Vencidos os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Relator), Marcelo Nogueira de Moraes e Luciana Mundim de Mattos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Paixão, que lhes davam provimento parcial nos termos do voto vencido. Designado relator o Conselheiro José Luiz Drumond (Revisor). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Luciana Trindade Fogaça e, pelos Recorrentes, assistiu ao julgamento a Dra. Daniela Aparecida Faustino. Participou do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 30 de janeiro de 2015.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**José Luiz Drumond
Relator designado**

D

CC/CMG