

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.482/17/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000286015-20
Impugnação: 40.010138792-86, 40.010138815-74 (Coob.)
Impugnante: Space Minas Distribuidora Ltda.
IE: 001040637.00-01
Jairo Cláudio Rodrigues (Coob.)
CPF: 025.982.196-94
Proc. S. Passivo: Antônio Roberto Winter de Carvalho/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio administrador é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA - NÃO RECONHECIMENTO. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADAS - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento com os documentos fiscais da Autuada, entradas e saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal, desacobertadas de documentação fiscal. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, a qual foi majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, § 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75, sendo que, nas ocorrências de entrada desacobertada, houve exigência somente da citada multa isolada.

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADAS - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado, mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento com os documentos fiscais da Autuada, entradas e saídas de mercadorias, sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para excluir as operações de entrada em duplicidade. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação (em dobro) capitulada no art. 56, inciso II e § 2º e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, a qual foi majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §

§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75, sendo que, nas ocorrências de saída desacobertada, houve exigência somente da citada multa isolada.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação refere-se à constatação, no período de janeiro a agosto de 2010, de entradas e saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal e à substituição tributária, desacobertadas de documento fiscal, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado com as notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada e com DAPIs e arquivos eletrônicos transmitidos pela Contribuinte.

As ações fiscais foram iniciadas pelas equipes de fiscalização com diversos procedimentos de Buscas e Apreensão levados a efeito por meio de operações promovidas em conjunto pelo Ministério Público, Secretaria de Estado de Fazenda e Polícia Civil de MG, conforme segue:

- 02/02/10 – Operação “Constelação”: Busca e Apreensão Judicial Processo nº 0079.10.007.294-5 e AAD nº 3192, 3193, 3194 lavrados e recebidos em 02/02/2010;
- 10/12/13 - Operação “Concorrência Leal”: AAD nº 9232 e 9233;
- 27/11/14 – Operação “Dono do Mundo I”: AAD nº 11027; e
- 16/12/14 – Operação “Dono do Mundo II”.

No caso dos autos, os documentos extrafiscais foram obtidos no estabelecimento autuado em operação de busca e apreensão, conforme Autos de Apreensão e Depósito-AAD nºs 011027 e 9233, os quais foram compilados pela equipe do Laboratório de Auditoria Digital (LAUD/SEF), que extraiu as informações do banco de dados da Contribuinte.

Esses dados foram confrontados com as informações fiscais prestadas pela Autuada em seus documentos e arquivos eletrônicos transmitidos à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais-SEF/MG.

Em relação às saídas de mercadorias sujeitas à tributação normal, desacobertadas de documentação fiscal, foram exigidos ICMS, Multa de Revalidação (simples) capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, § 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75, sendo que, nas ocorrências de entrada desacobertada, houve exigência somente da citada multa isolada majorada.

Já no tocante às constatações de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal, foram exigidos ICMS/ST, Multa de Revalidação (em dobro) capitulada no art. 56, inciso II e § 2º e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) de

acordo com o art. 53, § § 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75, sendo que, nas ocorrências de saída desacobertada, houve exigência somente da citada multa isolada majorada.

Ressalta-se que, na aplicação da multa isolada, foi observado o disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

O presente trabalho encontra-se instruído pelo Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000012537-59 (fls. 02/06); Auto de Infração-AI (fls. 07/13); Relatório Fiscal (fls. 14/28); Anexo 1 – Termos de Intimação (fls. 29/50); Anexo 2 – Documentos e CD contendo dados relacionados às saídas desacobertadas (fls. 51/86); Anexo 3 – Planilhas mensais de “Confronto Itens Compras” (fls. 87/115); Anexo 4 – Imagens exemplificativas do material apreendido na Cópia (fls. 116/190) e Anexo 5 – DAPIs 01/10 a 08/10 (fls. 191/239).

Das Impugnações

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 248/289 e anexa documentos às fls. 290/9.343.

O Coobrigado, por sua vez, apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 9.344/9.390 e anexa documentos às fls. 9.391/9.450.

Os Impugnantes apresentam suas respectivas impugnações com argumentos idênticos, salvo no que se refere à inclusão do sócio-gerente como responsável solidário no polo passivo da obrigação tributária, o que foi questionado somente pelo Coobrigado.

Requerem, ao final, a produção de prova pericial, sem apresentar quesitos, a nulidade do lançamento e a procedência das impugnações.

Da Manifestação Fiscal e Parecer da Assessoria do CC/MG

O Fisco, em manifestação de fls. 9.462/9.484, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 9.493/9.519, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas. No mérito, pela procedência do lançamento.

Dos Documentos Juntados

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 24/05/16, decide, em preliminar, por maioria de votos, deferir requerimento de juntada dos documentos protocolados no CC/MG em 06/05/16 e 19/05/16 sob os nºs 1.6045 e 1.6091, respectivamente, anexados aos autos às fls. 9.523/9.937. Vencida, em parte, a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, que indeferia a juntada dos documentos protocolados sob o nº 16045.

Em seguida, vista ao Fisco para a análise dos documentos juntados.

Da Reformulação do Crédito Tributário e Aditamento à Impugnação

Após apreciação dos documentos juntados, o Fisco decide realizar a conferência de todas as planilhas e detecta operações de entrada em duplicidade.

Assim, diante das provas juntadas, retifica o lançamento, nos termos dos demonstrativos de fls. 9.965/9.994, excluindo as exigências referentes a operações que as provas demonstraram terem sido inicialmente consideradas em duplicidade.

Na oportunidade, manifesta-se às fls. 9.940/9.962, refutando novamente todos as alegações reiteradas pelos Impugnantes.

Regularmente cientificados sobre a retificação, a Impugnante adita sua impugnação conforme fls. 9.998/9.999, quando reitera os questionamentos da impugnação inicial, ressaltando pedido de prova pericial, nessa oportunidade já precluso, e lista quesitos técnicos às fls. 10.015/10.017 e 1.0036/1.0039.

Da 2ª Manifestação Fiscal e Parecer da Assessoria do CC/MG

O Fisco manifesta-se às fls. 10.044/10.047, informando que todos os argumentos apresentados pela Impugnante já foram integralmente refutados nas manifestações anteriores.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 10.050/10.059, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida. No mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 9.965/9.994.

Do Despacho Interlocutório e Manifestações

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 14/12/16, decide exarar o Despacho Interlocutório de fls. 10.063, com o seguinte teor:

ACORDA A 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, PELO VOTO DE QUALIDADE, EM EXARAR DESPACHO INTERLOCUTÓRIO PARA QUE A IMPUGNANTE, NO PRAZO MÁXIMO DE 30 (TRINTA) DIAS, CONTADO DO RECEBIMENTO DA INTIMAÇÃO, APRESENTE PLANILHA DEMONSTRATIVA (EM MEIO FÍSICO E DIGITAL) NA QUAL CONSTE AS ENTRADAS E SAÍDAS, SEUS PEDIDOS E CANCELAMENTOS, CORRELACIONANDO COM OS DOCUMENTOS DA ESCRITA FISCAL E COMERCIAL, INCLUSIVE ARQUIVOS MAGNÉTICOS, DE FORMA A DEMONSTRAR E COMPROVAR AS INCONSISTÊNCIAS QUE ALEGA EXISTIREM NO LEVANTAMENTO FISCAL. EM SEGUIDA, VISTA À FISCALIZAÇÃO. O PRAZO ESTABELECIDO PARA O CUMPRIMENTO DA PRESENTE DELIBERAÇÃO, SUPERIOR AOS 10 (DEZ) DIAS PREVISTOS NO ART. 157 DO RPTA, JUSTIFICA-SE PELA COMPLEXIDADE NA OBTENÇÃO DAS INFORMAÇÕES E/OU DOCUMENTOS SOLICITADOS. VENCIDOS OS CONSELHEIROS MARCO TÚLIO DA SILVA (RELATOR) E MARIA DE LOURDES MEDEIROS, QUE CONSIDERAVAM DESNECESSÁRIA A MEDIDA. PELA IMPUGNANTE SPACE MINAS DISTRIBUIDORA LTDA, SUSTENTOU ORALMENTE O DR. ANTÔNIO ROBERTO WINTER DE CARVALHO E, PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, O DR. BRUNO RODRIGUES DE FARIA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em atendimento ao despacho interlocutório, a Impugnante comparece às fls. 10.067, anexando os documentos de fls. 10.068/10.073, que se referem a “Laudo de Revisão Tributária”.

O Fisco, por sua vez, manifesta-se às fls. 10.087/10.093, aduzindo que “o trabalho fiscal foi exaustivamente criticado e revisado e que, apesar de todos os esforços envidados pelos Impugnantes, permanece incólume”.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 10.096/10.102 ratifica seu entendimento anterior e opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida. No mérito, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 9.965/9.994.

Em sessão realizada em 03/05/17, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 21/06/17. Assistiram à deliberação, pela Impugnante, o Dr. Antônio Roberto Winter de Carvalho e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa.

DECISÃO

Os fundamentos expostos nos pareceres 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 adequações necessárias e pequenas alterações.

Da Preliminar

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento, uma vez que “*não reúne os substratos fáticos exaurientes necessários à constatação de que houve entrada e saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal*”.

Alegam vício de confecção do Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000012537-59 ao argumento de que não se encontra devidamente preenchido o dia e hora da entrega.

Afirmam que a data do AIAF só pode ser deduzida mediante leitura do Auto de Constatação de 23/06/15, em que o Fisco declara que esteve no local às 15 horas e que não havia pessoa autorizada a receber o auto.

Posteriormente, com aviso de recebimento, foi postada correspondência com o AIAF, a qual foi recebida pela Contribuinte em 25/06/15.

Inferem, então, que o Fisco iniciou os trabalhos em 25/06/15, mas apontam que no Relatório Fiscal há menção de outra data de início de ação fiscal (anterior à data do AIAF), conforme fls. 5 do referido documento, o que acarretaria nulidade do ato administrativo:

“(…) As operações em questão produziram vasto material, a última delas em 27/11/2014, conforme

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 011027 e AAD nº 9233 (...)

Contudo, não encontra respaldo a argumentação dos Impugnantes.

Verifica-se que, como a própria Defesa relata, o Fisco emitiu o AIAF nº 10.000012537-59 (fls. 02) e, ao se dirigir ao estabelecimento da Contribuinte, foi informado de que nenhum funcionário estaria autorizado a receber o referido documento.

Assim, o Fisco emitiu o Termo de Constatação desse fato (fls. 03) e enviou o AIAF à Contribuinte via AR (fls. 04/05), cuja data de recebimento foi em 25/06/15, posteriormente publicando-o no Diário Oficial de 01/07/15, consignando, inclusive, a data de recebimento do documento e o número de controle do objeto pelo Correios (fls. 06).

O AIAF foi devidamente prorrogado e enviado por AR à Contribuinte e, posteriormente, publicado no Diário Oficial de 22/09/15. Apenas após a confirmação do recebimento do AIAF pela Contribuinte e a publicação no Diário Oficial é que foi lançada a autuação fiscal.

Salienta-se que a data e a hora do início da ação fiscal são sempre consignadas no momento da entrega do documento, o que geralmente se dá de forma presencial. Como, no caso em questão, houve a recusa do recebimento no momento da entrega pessoal, o Fisco utilizou-se das demais formas legais de cientificar o contribuinte.

Cumpra esclarecer que a emissão do AIAF, neste caso, foi meramente complementar e supletiva, uma vez que a Contribuinte já se encontrava sob ação fiscal, conforme atestam os diversos Autos de Apreensão e Depósito-AAD relacionados pelo Fisco.

No caso, após a análise do material apreendido, bem como de outros elementos à disposição do Fisco, há a lavratura do AIAF, delimitando o alvo e o período da verificação fiscal.

Preceitua o art. 69 do RPTA que o AAD documenta o início da ação fiscal, não cabendo ao contribuinte relativizar seu alcance nem determinar sua validade:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

III - Auto de Retenção de Mercadorias (ARM);

IV - Auto de Lacração de Bens e Documentos (ALBD);

V - Auto de Infração (AI), nas hipóteses do art. 74.

Ressalta-se que ao contrário do AIAF, o Auto de Apreensão e Depósito não tem prazo de validade, ou seja, no que se refere ao marco temporal do início da ação fiscal, ele se perpetua no tempo até que se satisfaça o objetivo final da análise dos documentos apreendidos, apuração da(s) irregularidade(s) e lavratura da peça fiscal.

No presente caso, o AIAF não seria necessário para marcar a data do início da ação fiscal, uma vez que os AAD's já haviam cumprido esse requisito. Entretanto, ele traz detalhes da fiscalização realizada, como o período abarcado e seu objeto, complementando o teor dos documentos anteriores:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

Destaca-se que a lei tributária é objetiva e determina o alcance de ambos os documentos no mesmo artigo sem qualquer ressalva, não havendo prevalência de nenhum deles.

Ambos os documentos (AAD e AIAF) estão aptos a formalizar o início da ação fiscal, até porque o Fisco não faria apreensão de documentos em um contribuinte que não pretendia auditar no futuro.

Acrescenta-se que a ação fiscal é permeada por diversos procedimentos como intimações, apreensões, análise de documentos físicos e virtuais, análise de arquivos eletrônicos, o que pode se dar em prazo mais exíguo ou não, dependendo da complexidade do que é apresentado.

Ainda, os Impugnantes entendem que os AADs mencionados pelo Fisco não seriam oriundos da fiscalização realizada para o presente PTA, afirmando que o Fisco utilizou-se *“de provas não se sabe onde, que extrapolam não apenas o prazo da fiscalização, mas a própria legalidade do ato”*.

Acrescentam que as chaves de autenticidade MD-5 listadas no documento *“Autenticidade de arquivo eletrônico”*, relativas aos arquivos gerados pelo Fisco, estão em desacordo com aquelas que constam no processo de copiagem/autenticação dos documentos apreendidos, os quais foram utilizados no presente trabalho.

Concluem que o Fisco promove *“mixórdia documental”*, ao argumento de que *“este Contribuinte nunca foi mencionado na dita Operação Constelação, bem como as “supostas provas” acarreadas nos autos não preservam nexos com o Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000012537.59, tal como as chaves autenticadoras dos documentos eletrônicos atribuídos ao Contribuinte não encontram nexos com aqueles informados no respectivo documento fiscalização”*, o que acarretaria a nulidade do ato e de todas as operações deste decorrente.

Reforçam o entendimento de que o Auto de Infração *“está eivado de vícios, pois não demonstra a origem e autenticidade das informações, bem como se mostram completamente desconexas do AIAF em comento”*.

Reclamam que “o agente da fiscalização cria presunção de irregularidade, com base na colheita de inúmeros materiais físicos e eletrônicos, de documentos fiscais e extrafiscais, e sem qualquer critério”.

Todavia, conforme esclarecimentos do Fisco, a seguir apresentados, são descabidas tais alegações da Defesa.

O material apreendido na copiagem foi objeto do Auto de Copiagem lavrado em 16/12/14 e recebido pelo próprio sócio-administrador, Sr. Jairo Cláudio Rodrigues (Coobrigado), que atesta, no momento da assinatura do documento, que acompanhou os procedimentos de copiagem e que recebeu uma cópia do termo.

Nas apreensões efetuadas foram feitas diversas cópias de imagens dos servidores e diversos Hard Disks, material que foi manipulado pelo LAUD, Laboratório de Auditoria Digital.

A aquisição das imagens foi realizada com o uso de ferramentas e equipamentos para perícia em computação forense e com a autenticação dos arquivos por meio da geração de códigos “hash” (SHA1) dessas imagens, garantindo-se, assim, a integridade das evidências coletadas.

Foi também realizada a apreensão de mídias digitais com a posterior recuperação do seu conteúdo nas dependências da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais-SEF/MG.

Após a copiagem realizada, foi feito um intenso trabalho de compilação dos dados em planilhas, que puderam ser analisadas pelo Fisco. Essas planilhas são fruto das imagens obtidas no estabelecimento autuado e configuram o controle extrafiscal digital de suas operações.

Com base nessas planilhas, o Fisco realizou o confronto entre o banco de dados extrafiscal e as informações prestadas oficialmente pela Contribuinte à SEF/MG, por meio das declarações e arquivos eletrônicos enviados e documentos fiscais emitidos.

As planilhas relativas a esse confronto, que foram utilizadas para apuração do *quantum* devido e que não puderam ser anexadas de forma impressa integralmente, foram gravadas em meio eletrônico e gerados códigos de autenticidade para cada arquivo (MD-5), conforme CDs constantes dos Anexos 3 e 4 do Auto de Infração, permitindo aos Sujeitos Passivos o acesso ao inteiro teor dos dados e, conseqüentemente, garantindo ampla defesa e o direito ao contraditório.

Pelo exposto, verifica-se que quem está promovendo total confusão de informações e documentos são os Impugnantes, pois estão comparando códigos de autenticidade relativos a arquivos diferentes, sendo que os primeiros foram gerados na apreensão do material eletrônico e os outros são referentes às planilhas de apuração do presente trabalho fiscal. Certamente, esses arquivos gerarão códigos de autenticidade diferentes.

Os Impugnantes sustentam que o Fisco, ao solicitar a regularização da escrituração fiscal e, posteriormente, recusar-se a acatá-las, o fez de modo discricionário e sem amparo legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirmam que as sucessivas retificações enviadas foram resultado da busca incessante em regularizar pendências, o que teria sido interpretado pelo Fisco, injustamente, como manipulação de dados.

Alegam que o Fisco optou por esquivar-se do trabalho e preferiu se ater a paradigmas falsos, criando presunções e interpretações distorcidas e cerceando a defesa dos acusados, uma vez que negou “*o direito do Impugnante de apresentar provas, documentos e informações de extrema relevância*”.

Aduzem que o Fisco estaria invertendo a presunção de inocência para a presunção de culpa e afirmam que não há no ordenamento jurídico inversão do ônus da prova em matéria tributária.

Reforçam que o ônus da prova da sonegação cabe ao Fisco e que, diante da negativa de retransmitir os arquivos eletrônicos, a norma deve ser aplicada de maneira mais favorável ao acusado, sendo impreterível a nulidade do Auto de Infração em questão.

Mencionam a necessidade de se observar os preceitos constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como a presunção de inocência. Reiteram que o ônus da prova é da Fazenda Pública, que só pode aplicar penalidades com provas inequívocas do fato gerador e do ilícito.

Alegam que “*é imprescindível o exaurimento de todas as fontes possíveis de prova, capaz de esclarecer, de forma cabal, a ocorrência do fato gerador do crédito tributário constituído a partir do processo administrativo contencioso*”.

Entendem que a autuação é baseada em presunções e levantamentos inconclusivos que culminaram em arbitrariedade e excesso de exação, dificultando a defesa do acusado.

Isso porque reclamam que o Fisco desconsiderou, de forma arbitrária, a retransmissão dos arquivos EFD/SPED solicitados por ele.

Declararam que “*considerar que toda entrada e saída devidamente lançada e contabilizada na conta caixa for considerada venda desacobertada de documento fiscal, imputando ao Impugnante a pecha de provar o improvável, invertendo o ônus da prova em desprestígio da presunção de inocência*”, é endossar o absurdo.

Concluem que os valores aplicados pelo Fisco, com base em provas frágeis e com fundamento em suposições, não podem servir para a presente autuação, que deve ser cancelada por estar eivada de nulidades e vícios.

Ressalte-se que o Fisco constatou a omissão do registro C170 referente às entradas em todos os arquivos de escrituração fiscal digital analisados.

Tal registro detalha os itens das aquisições realizadas pelo contribuinte mensalmente, devendo ser alimentado manualmente. Os itens referentes às saídas não precisam ser processados pelo contribuinte já que são buscados em suas notas fiscais eletrônicas emitidas.

Assim, o Fisco intimou a Contribuinte a retransmitir os referidos arquivos, inserindo os dados não apresentados, conforme intimação em anexo (fls. 39/41), datada de 11/12/14, sendo concedido o prazo de 10 (dez) dias.

Em 22/12/14, a Autuada solicitou dilação do prazo para atendimento (fls. 42), requisitando mais 30 (trinta) dias para regularização. O Fisco acatou parcialmente, concedendo mais 10 (dez) dias contados do vencimento da intimação.

Em 05/01/15, a Contribuinte apresentou nova solicitação de prorrogação do prazo, alegando problemas operacionais (fls. 43). O Fisco, então, elaborou cronograma de entrega dos arquivos, constando como data final para entrega o dia 05/02/15.

Cumpra frisar a informação do Fisco de que *“os arquivos originais enviados (finalidade “NORMAL”) foram comparados com as Dapis e apresentavam pequenas inconsistências, sendo que o declarado para a SEF/MG em Dapi mostrava-se sempre favorável a esta em relação ao SPED”*.

Vale lembrar que o intuito do Fisco era obter os dados dos itens das entradas e compatibilizar as informações constantes nos livros eletrônicos com as declarações prestadas ao estado.

No entanto, a Autuada *“faz uma verdadeira miscelânea com sua escrituração, realizando diversas transmissões retificadoras de EFD e Dapi para o mesmo período, inclusive alterando saldos”*, conforme afirmado pelo Fisco, o qual apresentou o seguinte exemplo:

EFD 2011:

1ª retificação enviada nos dias 05 e 06/02/2015 (à exceção do mês de fevereiro – período em que se deve consignar o registro H referente ao estoque apurado no último dia do ano anterior).

2ª retificação enviada em 11/03/2015 (arquivos dos meses 02 e 05 a 12 de 2011).

EFD 2012:

1ª retificação enviada no dia 13/02/2015.

2ª retificação enviada em 11/03/2015.

EFD 2013:

1ª retificação enviada no dia 13/02/2015.

2ª retificação enviada em 12/03/2015.

EFD 2014

1ª retificação enviada no dia 18/02/2015.

2ª retificação enviada em 23/02/2015.

3ª retificação enviada em 12/03/2015.

Analisando os últimos arquivos retificadores enviados e as DAPIS transmitidas, o Fisco verificou que não estavam compatíveis.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Informada da análise do Fisco, a Contribuinte afirmou que o erro localizava-se nas DAPIs e, assim, passou a retransmitir as declarações dos cinco anos (2010 a 2014). De acordo com o Fisco, a Autuada também retransmitiu, nos primeiros dias de fevereiro de 2015, todos os arquivos Sintegra referentes a 2010.

O Fisco informou que o sistema da SEF/MG recebeu apenas as DAPIs do período de 01 a 04 de 2011, que, apesar do status “suspensas”, permite ao Fisco analisar a integridade dos dados para efetivar ou não a sua recepção.

Embora consistentes com os arquivos retificadores SPED, o Fisco observou que os saldos não estavam condizentes com a primeira DAPI enviada, o que lhe causou espanto, já que a mera inserção dos itens das entradas não ensejaria alterações nos saldos.

Acrescentou que as demais DAPIs reenviadas sequer foram recebidas, uma vez que o sistema acusou inconsistências, o que não permite ao Fisco acessar o teor dos dados transmitidos.

Porém, a Autuada protocolizou os recibos de transmissão das DAPIs e dos SPED retificadores, possibilitando o confronto de parte das informações.

Informa, também, que mesmo ciente dos AADs recebidos, que formalizam o termo de início de ação fiscal, a Autuada protocolizou Termo de Autodenúncia (PTA nº 05.000249892.67), em 03/02/15, informando que, nos períodos de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a abril de 2011, março a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a outubro de 2014, realizou aquisições de mercadorias sem documento fiscal no montante total de R\$ 3.901.910,88 (três milhões, novecentos e um mil, novecentos e dez reais e oitenta e oito centavos), aí englobados o ICMS e o ICMS ST, buscando elidir a aplicação das multas cabíveis.

Em análise prévia ao protocolo do Termo de Autodenúncia, o Fisco solicitou comprovação dos pagamentos relativos às alegadas entradas desacobertadas. A Contribuinte, por sua vez, afirmou que as divergências em relação às entradas objeto do Termo de Autodenúncia são decorrentes de erro no sistema de controle de estoque, que ainda não foi identificado, impossibilitando a apresentação das informações solicitadas pela Delegacia Fiscal.

Em razão de a Contribuinte se encontrar sob ação fiscal e fundada na legislação, a Delegacia Fiscal emitiu parecer no sentido da denúncia não ser considerada espontânea para efeitos de elidir a exigência de multa isolada. Além de estar sob ação fiscal, conforme os mencionados AADs, a Contribuinte não apresentou recolhimento dos valores, nem documentação que comprovasse suas alegações.

Ademais, o Fisco ressaltou que a Autuada recebeu, em 24/09/14, o AIAF nº 10.00001028046, que culminou na autuação fiscal, PTA nº 01.000240810.17, recebida em 14/11/14, cujo objeto refere-se exatamente à mesma matéria que o contribuinte pretendeu denunciar posteriormente.

No mesmo sentido, a Superintendência de Contagem emitiu parecer declarando inócua a mencionada denúncia espontânea, não tendo, portanto, o efeito de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

afastar a imposição das multas em virtude da falta de espontaneidade decorrente do fato de já estar sob ação fiscal, dada a emissão dos dois AADs.

Ressalta-se que, ao contrário do defendido pelos Impugnantes, o fato da SEF/MG aceitar o protocolo do documento e posteriormente relativizar seus efeitos não constitui uma afronta ao princípio da segurança jurídica.

O contribuinte tem o direito constitucional de protocolar documentos e petições, entretanto o alcance de seus efeitos deve ser aquele delimitado pela lei.

Assim, na situação apresentada, não caberia à SEF/MG recusar o recebimento do protocolo. No entanto, na análise material do pleito da Contribuinte e estando sob ação fiscal, conforme já relatado, a denúncia espontânea não teria o condão de elidir a exigência das multas referentes às infrações denunciadas.

Verifica-se que a denúncia foi recebida, no entanto, foi inócua no sentido de que não poderia mais garantir à Contribuinte o afastamento da aplicação da multa isolada.

Cumprе salientar o disposto no parágrafo único do art. 138 do Código Tributário Nacional-CTN:

Art. 138

(...)

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

O Fisco declara, ainda, que a Autuada protocolizou, em 16/03/15, paralelamente a essa mixórdia de DAPIs e EFDs, novos levantamentos de estoque referentes ao regime acima comentado, contradizendo suas próprias afirmações de rigoroso controle de estoque.

E relata que as planilhas foram entregues impressas e em meio eletrônico, formato PDF, de forma a impossibilitar a conferência e manipulação dos dados, sem totalização dos valores de BC OP e BC ST e fora dos padrões definidos no Despacho de Cassação.

Acrescenta que nenhum documento comprobatório foi apresentado para justificar as alterações promovidas. Os novos valores apresentados foram levados à escrituração substituída, aumentando o crédito no período em cerca de três milhões:

| INVENTÁRIO 30/04/2011 | | | | | | | |
|---|--------------|---------------|--------------|------------------------------------|--------------|------------|--------------|
| 1ª APRESENTAÇÃO PÓS INTIMAÇÃO = ARQUIVO ENVIADO À ÉPOCA DO RE | | | | 2ª APRESENTAÇÃO PROTOCOLO 16/03/15 | | | |
| BC ICMS OP | ICMS OP | BC ICMS ST | ICMS ST | BC ICMS OP | ICMS OP | BC ICMS ST | ICMS ST |
| 10.562.657,34 | 1.303.676,68 | 20.093.997,75 | 2.068.491,66 | | 4.474.346,17 | | 4.920.421,06 |
| | | | | | | | |
| | | | | | | CRÉDITO | CRÉDITO |

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| INVENTÁRIO 28/02/2012 | | | | | | | | | | | |
|-----------------------|--------------|------------|--------------|-------------------------------|--------------|------------|---------|------------------------------------|--------------|------------|--------------|
| APRESENTAÇÃO ÉPOCA RE | | | | 1ª APRESENTAÇÃO PÓS INTIMAÇÃO | | | | 2ª APRESENTAÇÃO PROTOCOLO 16/03/15 | | | |
| BC ICMS OP | ICMS OP | BC ICMS ST | ICMS ST | BC ICMS OP | ICMS OP | BC ICMS ST | ICMS ST | BC ICMS OP | ICMS OP | BC ICMS ST | ICMS ST |
| | 3.208.236,64 | | 3.933.508,14 | 16.287.654,87 | 3.060.470,06 | | | | 6.551.288,34 | | 2.770.574,71 |
| | | | 725.271,49 | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | DÉBITO | | DÉBITO |

Assim, diante da incerteza dos dados apresentados e dos fortes indícios de que a Contribuinte pretendia manipular os dados a seu favor e fragilizar o trabalho fiscal, restou ao Fisco utilizar-se das primeiras DAPIs consistentes transmitidas e dos primeiros arquivos Sintegra enviados.

Em razão de todas as substituições feitas terem sido posteriores à cientificação do início da ação fiscal, e com base nos dispositivos legais elencados nas infringências, notadamente o Ajuste Sinief nº 02/09, não foram acolhidas as DAPIs e EFDs substitutivas, **prevalecendo os dados originais para todos os fins e para este auto**, assim como ocorreu com a denúncia espontânea não acolhida.

Vale reproduzir o disposto no Ajuste Sinief nº 02/09:

Ajuste SINIEF 02/2009

Cláusula décima terceira O contribuinte poderá retificar a EFD:

I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;

II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;

III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de saneá-la por meio de lançamentos corretivos.

§ 1º A retificação de que trata esta cláusula será efetuada mediante envio de outro arquivo para substituição integral do arquivo digital da EFD regularmente recebido pela administração tributária.

§ 2º A geração e envio do arquivo digital para retificação da EFD deverá observar o disposto nas cláusulas oitava a décima primeira deste ajuste, com indicação da finalidade do arquivo.

§ 3º Não será permitido o envio de arquivo digital complementar.

§ 4º O disposto nos incisos II e III desta cláusula não se aplica quando a apresentação do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arquivo de retificação for decorrente de notificação do fisco.

§ 5º A autorização para a retificação da EFD não implicará o reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem a homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte.

§ 6º O disposto no inciso II do caput não caracteriza dilação do prazo de entrega de que trata a cláusula décima segunda.

§ 7º Não produzirá efeitos a retificação de EFD:

I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;

II - cujo débito constante da EFD objeto da retificação tenha sido enviado para inscrição em Dívida Ativa, nos casos em que importe alteração desse débito;

III - transmitida em desacordo com as disposições desta cláusula.

Dessa forma, não restou ao Fisco outra alternativa para suprir a falta dos itens C170 de entradas, a não ser a utilização subsidiária dos registros enviados nos arquivos Sintegra do período, notadamente no que concerne aos itens de entrada requisitados pelo Fisco, obviamente considerando os arquivos originais e as NFes ativas emitidas pela Contribuinte no período.

Logo, não merece acolhida a argumentação de que o Fisco pretendeu se esquivar da análise dos documentos apresentados, bem como pretendeu cercear a defesa dos Sujeitos Passivos, ao argumento de que impossibilitou a adequação de seus registros.

O fato é que, independentemente das razões pelas quais a Contribuinte tenha tentado refazer seus lançamentos, tanto a apresentação da denúncia espontânea quanto a alteração das DAPIs e EFDs já estavam impedidas pelo início da ação fiscal precedente, atestada pelos AADs e AIAF emitidos.

Pelo exposto, verifica-se que o Fisco não foi arbitrário, como acusa os Impugnantes, ao desconsiderar as inconsistentes retificações de DAPIs e EFDs buscadas pela Contribuinte.

Observa-se, também, que o Fisco deu diversas oportunidades para a Autuada regularizar seus arquivos no tocante à falta de registro do C170, entretanto, a Contribuinte transmite várias retificações, alterando dados, como por exemplo os relativos aos saldos, de forma desconexa e incoerente, o que levou à total falta de credibilidade dos dados substitutos.

Também improcedente a alegação dos Impugnantes de que o Fisco baseou-se em presunções, pois o trabalho fiscal consistiu na comparação de dados obtidos mediante copiagem de documentos extrafiscais e de dados declarados em DAPIs e arquivos Sintegra (originais).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O procedimento efetuado pelo Fisco, 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;

Com as informações consignadas nos documentos extrafiscais, o Fisco apurou o montante de saídas e entradas reais, deduzindo, respectivamente, as saídas e as entradas regularmente acobertadas por documentação fiscal.

Ressalta-se que todas as notas fiscais de venda e compra de mercadorias foram consideradas quando da formação do crédito tributário, ora em discussão.

Assim, o Fisco comprovou devidamente as saídas e entradas desacobertas de documento fiscal, cabendo aos Impugnantes trazerem provas capazes de elidir o trabalho fiscal, o que não ocorreu.

Cumprido comentar que o disposto no art. 112 do CTN, invocado nas impugnações, não se presta ao fim desejado, haja vista a inexistência de dúvidas sobre as circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos. Pelo contrário, as provas dos autos permitem identificar o fato ocorrido e seus efeitos tributários.

Os Impugnantes afirmam que a autuação foi amparada em provas ilícitas, desconhecidas pelos Autuados e que a afirmação do Fisco de que a Contribuinte promovia vendas nas mencionadas modalidades “diamante”, “ouro”, “prata”, “bronze” e “especial” com supressão de impostos é falaciosa e precipitada.

Declararam que o Anexo 4 do Auto de Infração descreve apenas o passo a passo para cadastro do cliente, não contendo nada que leve às conclusões precipitadas do Fisco, o que pode ser comprovado ao verificar a existência de várias notas fiscais emitidas para empresas classificadas no sistema como ouro e/ou diamante.

Todavia, conforme se verá na análise de mérito, pelo que se apurou, a classificação e nomenclatura adotadas pela Contribuinte são de acordo com a operação. Logo, um cliente poderia ora estar enquadrado em operação ouro, prata ou bronze. Contudo, como não foram consideradas essas denominações para apuração das exigências fiscais, esse esclarecimento em nada influencia o trabalho fiscal.

A metodologia aplicada pelo Fisco de comparar os totalizadores do Sistema Gestor com o montante declarado permitiu alcançar de maneira definitiva essas diversas situações, sem que fosse preciso se valer dessa classificação para separar as operações e fazer cobranças distintas.

Ressalta-se que as informações obtidas dos documentos extrafiscais, as quais foram, de forma exemplificativa, anexadas aos autos às fls. 116/190 (Anexo 4 do Auto de Infração), são claras e incontestáveis, não deixando dúvidas de que as referidas classificações eram definidas de acordo com o percentual de supressão de valor de

produto que seria declarado em nota fiscal (base de cálculo), conseqüentemente de imposto devido. Destaca-se, a título de exemplo, as informações de trocas de mensagens constantes às fls. 168/169.

Vale registrar que esse esquema de sonegação foi amplamente divulgado pela mídia, o que pode ser confirmado no seguinte endereço eletrônico: <http://www.otempo.com.br/cidades/esquema-sonegou-r-250-mi-1.953167>.

A Defesa declara que desconhece qualquer vínculo com a operação Constelação.

Contudo, o Fisco relata que a Space Minas Distribuidora foi alvo de várias operações promovidas em conjunto pelo Ministério Público, Secretaria de Estado da Fazenda de MG e Polícia Civil de MG, listadas abaixo:

- 02/02/10 – Operação “Constelação”

Busca e Apreensão Judicial Processo nº 0079.10.007.294-5

AAD nº 3192, 3193, 3194 lavrados e recebidos em 02/02/10

- 10/12/13 - Operação “Concorrência Leal”

AADs nºs 9232 e 9233

- 27/11/14 – Operação “Dono do Mundo I”

AAD nº 11027

- 16/12/14 – Operação “Dono do Mundo II”

Portanto, as ações fiscais foram iniciadas pelas equipes de fiscalização com diversos procedimentos de Busca e Apreensões em fevereiro de 2010.

Especificamente sobre a operação Constelação, cujo envolvimento foi negado pela Defesa, foram emitidos os Autos Apreensão e Depósito de nºs 3192, 3193 e 3194, todos recebidos em 02/02/10.

Logo, não houve nenhuma intenção, por parte do Fisco, de trazer informações difamatórias ou caluniosas. Pelo contrário, são informações verdadeiras, reais, que os Impugnantes insistem em negá-las, refutando com argumentos frágeis e desconexos, mais característico de um intuito de protelar o andamento processual.

Cumprir registrar que, ao contrário do alegado pelos Impugnantes, 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 nº 44.747/08.

Induvidoso que os Impugnantes compreenderam claramente a acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício 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 comprovarem as suas alegações.

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

Rejeita-se, pois, as prefaciais arguidas, de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, além de nulidade do lançamento.

Quanto às demais alegações apresentadas, vinculam-se com o mérito e como tal serão analisadas.

Do Pedido de produção de prova pericial

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 24/05/16, decide, em preliminar, por maioria de votos, deferir requerimento de juntada dos documentos protocolados no CC/MG em 06/05/16 e 19/05/16 sob os nºs 16045 e 16091, respectivamente, anexados aos autos às fls. 9523/9937. Vencida, em parte, a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, que indeferia a juntada dos documentos protocolados sob o nº 16045.

Após apreciação dos referidos documentos, o Fisco confere todas as planilhas, detectando algumas operações de entrada em duplicidade. Então, retifica o crédito tributário, nos termos dos demonstrativos de fls. 9.965/9.994, excluindo as exigências constatadas em duplicidade.

Regularmente cientificados sobre a retificação, a Autuada, às fls. 9.998/9.999 solicita prorrogação do prazo para defesa, ao argumento de que teve dificuldades de acesso e cópia dos autos, não havendo, portanto, tempo hábil para apreciar a integralidade do processo administrativo, o que foi deferido por dez dias pelo Delegado Fiscal.

Ato contínuo, a Impugnante adita a impugnação às fls. 10.000/10.019 e, em decorrência do deferimento da prorrogação do prazo de defesa, às fls. 10.022/10.040, reforça os mesmos termos do aditamento anterior, em que reitera os questionamentos da impugnação inicial, acrescentando o pedido de prova pericial oficial, cujos quesitos técnicos foram relacionados às fls. 10.015/10017 e 10.036/10.039.

O Fisco manifesta-se às fls. 10.044/10.047, informando que todos os argumentos apresentados pela Impugnante já foram integralmente refutados.

Verifica-se que os materiais juntados pela Impugnante correspondem a “Laudo Pericial” e “Análise Contábil Fiscal”, os quais trazem argumentos na mesma linha daqueles apresentados na peça de defesa inicial, bem como outros argumentos relativos a processo diverso, conforme pode ser facilmente observado pela síntese, de tais documentos, apresentada pelo Fisco às fls. 9.942/9.947.

Dessa forma, registra-se que apenas será analisado neste momento o que for concernente ao presente trabalho.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante, às fls. 9.523, pugna pela realização de perícia contábil oficial, utilizando-se, como referência, o “Laudo Pericial” apresentado, que indica quesitos necessários ao deslinde do trabalho fiscal.

E ainda, em aditamento à impugnação, às fls. 10.015/10.017 e 10.036/10.039, acrescenta outros quesitos técnicos, os quais são respondidos pelos autores do documento “Análise Contábil Fiscal”, às fls. 9.593/9.726.

Segundo a doutrina *“em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação”* (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco revelam-se suficientes para a elucidação das questões levantadas pela Impugnante.

Ressalta-se que diversos quesitos, como por exemplo o quesito “c” de fls. 9.571 (demonstrar os respectivos códigos HASH relativos a cada equipamento analisado), além de serem de conhecimento da Autuada, não são necessários para o deslinde da ação fiscal.

Cita-se, a propósito, decisão já proferida abordando a questão anteriormente:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG)

Ademais, prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, verifica-se desnecessária a produção de prova pericial, em face dos documentos e fundamentos constantes dos autos, observando que os questionamentos genéricos reiterados pela Impugnante, sem prova do alegado, mostram-se nitidamente protelatórios.

Indefere-se, pois, a prova pericial pretendida.

Do Mérito

Da Arguição de Decadência do Crédito Tributário

Inicialmente, os Impugnantes pleiteiam que seja considerado decaído o direito de lançar, relativamente a todo o crédito tributário, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

O § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, assim determina:

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.

Partindo dessa premissa, ressalta-se que o lançamento por homologação, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional - CTN, ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo contribuinte, expressamente a homologa.

Portanto, nessa modalidade de lançamento (por homologação), a apuração dos fatos, da base de cálculo e do pagamento do tributo devido deverá ser efetuada pelo Contribuinte independente de qualquer iniciativa da Fiscalização. Mas isso não impede que o Fisco efetue a verificação fiscal nos documentos, escrituração e procedimentos adotados pelo contribuinte.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

No caso dos autos, conforme se verifica, a Fiscalização constatou que o Contribuinte não cumpriu integralmente com suas obrigações, ficando afastada a hipótese de homologação do lançamento. Trata-se o caso, pois, de lançamento de ofício, cujo prazo decadencial para formalização do crédito tributário é contado com base no disposto no art. 173, inciso I do CTN. Examine-se:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Conclui-se, por conseguinte, que quando o recolhimento dos tributos sujeitos a lançamento por homologação ocorre em desconformidade com a legislação aplicável, procede-se ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), para o qual a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, nos termos do que dispõe o art. 173, inciso I do CTN, inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento (de ofício) poderia ter sido realizado.

Sobre a matéria leciona Misabel de Abreu Machado Derzi:

A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento

(se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código. (Direito Tributário Brasileiro – Editora Forense, 11ª Edição, pág. 912 e 913.)

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito fiscal, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2016. Procedida a regular intimação da lavratura do Auto de Infração em agosto de 2015, claro está que não se fulminou o direito da Fazenda Pública para constituição do crédito tributário, relativamente ao exercício de 2010, em razão da decadência.

Na mesma linha de entendimento, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, Humberto Martins, deixou consignado o seguinte:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. 1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SÉNTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. 2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (76977 RS 2011/0191109-3, RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS, DATA DE JULGAMENTO: 12/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA).

Com esses fundamentos, resta afastado o reconhecimento da decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário relativamente ao crédito tributário exigido, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 19/08/15, e o Coobrigado em 25/08/15.

Destaca-se que este Conselho de Contribuintes tem decidido, reiteradamente, que a decadência é regida pela norma estabelecida no art. 173, inciso I, do CTN, a exemplo dos Acórdãos nºs 3.742/11/CE, 3.709/11/CE, 3.907/12/CE, 4.171/13/CE, 4.184/13/CE, 21.919/15/1ª e 4.838/17/CE.

Rejeita-se, portanto, a arguição de decadência do crédito tributário.

Das irregularidades apuradas

Quanto ao mérito propriamente dito, cumpre reproduzir relatos do Fisco, extraídos dessa e de outras autuações (PTA's 01.000348336-82 e 01.000286401-42) derivadas da mesma operação, no tocante às ações ocorridas antes da lavratura de todos os Autos de Infração.

O trabalho se desenvolveu a partir do confronto entre os dados informados pelo contribuinte em seus arquivos eletrônicos e Declarações de Apuração do ICMS – Dapi com os documentos apreendidos em decorrência das operações de combate à sonegação fiscal promovidas em parceria entre a Secretaria de Estado de Fazenda de MG, o Ministério Público de Minas Gerais e Polícia Civil de MG.

O autuado esteve envolvido na Operação Constelação realizada em 2010. Em dezembro de 2012, novamente foi alvo de operação conjunta entre MP/MG, SEF/MG e PC/MG– Operação “Concorrência Leal”. Em 2014, nova operação, denominada “Dono do Mundo” que culminou na prisão preventiva do sócio majoritário, Sr. Jairo Cláudio Rodrigues, ambas as operações amplamente divulgadas pela mídia. As operações em questão produziram vasto material, a última delas em 27/11/2014, conforme Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 011027 e AAD nº 9233.

Mediante Auto de Apreensão e Depósito e Auto de Copiagem foram realizadas apreensões de documentos físicos e obtenção de imagens com o uso de ferramentas e equipamentos para perícia em computação forense com autenticação de arquivos através da geração de códigos “HASH” das imagens, garantindo-se a integridade das evidências coletadas no estabelecimento do contribuinte Space Minas. A copiagem foi realizada em 33 (trinta e três) computadores presentes no estabelecimento do contribuinte e gerou um percentual expressivo de arquivos eletrônicos. Após seleção, a documentação física e eletrônica foi enviada à DEFIS - Diretoria Executiva de Fiscalização em Belo Horizonte para análise.

Após extração dos dados e imagens dos arquivos copiados nesse contribuinte, inclusive arquivos apagados e recuperados pela equipe do Laboratório de Auditoria Digital da SEF/MG (LAUD), foi possível confirmar os indícios levantados preliminarmente que motivaram a organização das operações conjuntas realizadas pelo MP/MG, SEF/MG e PC/MG, principalmente quanto às práticas reiteradas de aquisição e comercialização de mercadorias desacobertas de documento fiscal e/ou com valores inferiores aos reais da operação (subfaturamento).

A equipe do Laboratório de Auditoria Digital (LAUD/SEF) no processo de análise das imagens copiadas conseguiu extrair as informações do banco de dados do contribuinte. Com as informações coletadas foram compiladas planilhas que comprovam as práticas de sonegação, planilhas estas submetidas à fiscalização para análise e apuração do crédito tributário. Os documentos e registros eletrônicos cotejados, gravados em HD de propriedade da SEF com autenticação do conteúdo, vêm demonstrar a ocorrência de irregularidades tributárias nas operações de entrada e saída de mercadorias com o intuito do não recolhimento do ICMS devido nas operações próprias e por substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O material físico e eletrônico examinado refere-se a documentos fiscais e extrafiscais constituídos de relatórios e planilhas administrativas e comerciais, atas e documentos de constituição/alteração contratual, ordens de compra, pedidos de venda, correspondências eletrônicas, comunicações empresariais e pessoais, documentação bancária e documentos de ordem pessoal, relacionados a diversas empresas e pessoas físicas.

A extração de informações dos arquivos que compõem o banco de dados do contribuinte, denominado “SISTEMA GESTOR”, possibilitou a geração das seguintes planilhas referentes aos anos de 2009 a 2013:

- *Pedidos de Compras;*
- *Itens adquiridos;*
- *Pagamento de Fornecedores,*
- *Consulta Pedidos;*
- *Itens Carregados;*
- *Movimentação de Conta Caixa-Vendas;*
- *Itens Mapa Separação;*
- *Orçamentos,*
- *Itens Orçamentos;*
- *Relatório de Conferência de Lançamentos Financeiros – SPACE.*

As informações e os dados contidos nestas planilhas ratificam as práticas tributárias irregulares consistentes de subfaturamento, entradas e saídas desacobertadas.

Verificou-se que o contribuinte classifica seus pedidos de vendas de acordo com o tratamento tributário que ele aplica, sendo: código 1 - vendas diamante com percentual de nota fiscal 0%; na modalidade ouro, código 2, 10% do pedido com documento fiscal; prata, código 3, 30%; bronze, código 4, 50% e na venda especial, código 5, 100%. Nas vendas denominadas especiais, verificou-se posteriormente a utilização de empresas “parceiras” para emissão das notas fiscais, ou seja, continua desacobertada já que a NF não se refere à real operação.

Classificação dos Pedidos de Venda

| código | Classificação | Perc. Com NF | Valor Mínimo Pedido |
|--------|---------------|--------------|---------------------|
| 1 | Diamante | 0 | R\$ 500,00 |
| 2 | Ouro | 10 | R\$ 100,00 |
| 3 | Prata | 30 | R\$ 500,00 |
| 4 | Bronze | 50 | R\$ 400,00 |
| 5 | Especial | 100 | R\$ - |

Fonte : Planilha confeccionada pela SEF mediante informações do Banco de Dados Space Minas – Tabela TBCLASSIF_ESP

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vasta documentação comprova o *modus operandi* do contribuinte, demonstrando claramente o dolo da empresa e o envolvimento e ciência dos funcionários implicados na prática das infrações objeto deste auto, exemplos compilados no Anexo 5.

Com base nas planilhas geradas a partir do sistema do contribuinte, a fiscalização buscou um modo de abarcar todas as irregularidades praticadas pela empresa de forma a minimizar os danos causados ao erário pelas suas operações comerciais irregulares.

Partindo deste pressuposto, a metodologia adotada para o trabalho foi o confronto das informações extraídas do sistema do contribuinte, ou seja, planilhas geradas a partir do Sistema Gestor, com os dados informados nas Declarações de Apuração do ICMS – DAPI – e nos arquivos eletrônicos enviados pelo contribuinte conforme legislação pertinente.

(...)

Tratamento tributário Diferenciado – Regime Especial PTA
16.000386628-48

O contribuinte no período autuado era detentor do regime especial 16.000386628-48, cuja vigência se iniciou em maio de 2011. O regime especial lhe atribuiu a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS ST no momento das saídas internas de mercadorias sujeitas à substituição tributária no âmbito de Minas Gerais. A forma de cálculo do imposto baseava-se na aplicação de redutor correspondente à margem de agregação média do contribuinte) sobre o valor de saída praticado para se obter o VALOR PRESUMIDO DE ENTRADA (valor de saída menos redutor). Para cálculo do ICMS OP, aplicava-se a alíquota média de entrada calculada para o contribuinte. Por sua vez, para cálculo do montante devido a título de ICMS/ST, aplicava-se sobre este VALOR PRESUMIDO DE ENTRADA a MVA específica da mercadoria (ajustada, quando o caso) para obtenção da BC do ICMS/ST. Sobre a BC/ST incidia a alíquota interna da mercadoria, subtraindo o valor do ICMS OP calculado conforme acima descrito para se obter o valor do ICMS/ST a recolher.

VALOR PRESUMIDO DE ENTRADA (VPE) = VALOR DE SAÍDA (-)
REDUTOR

ICMS OP = VPE X ALÍQUOTA MÉDIA DE ENTRADA

ICMS ST = (VPE * MVA * ALÍQUOTA INTERNA MERCADORIA) – ICMS
OP

| SPACE MINAS DISTRIBUIDORA LTDA – IE: 001.040637.00-01 / CNPJ: 08.899.849/0001-50 | | | | | | | |
|--|---------|--------------------------------------|---------|----------------|----------------------|-------------------------|---------------------------|
| REGIME ESPECIAL PTA 16.000386628-48 | | | | | | | |
| PERÍODO | REDUTOR | ALÍQUOTA APLICADA P/ CÁLCULO DO ICMS | MVA | NF | ALÍQUOTA APLICADA P/ | PRAZO PARA RECOLHIMENTO | DATA DO RECEBIMENTO DO RE |
| 01/05/2011 | 19,75 | Alíquota | Interna | s/ destaque do | Alíquota | Até o dia 09 do | 15/04/2011 |

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | | | | | | |
|--|-------|-------------------------------------|---|---|--------------------------------|--|------------|
| A 31/07/2011 | | média de entrada de 12% | ou Ajustada (alíquota interna superior a 12%) | ICMS OP (este valore deverá ser consignado no Campo Inf. Complementares junto do nº do RE) – Destaque da BC e ICMS/ST no campo próprio | interna da mercadoria | 2º mês subsequente em DAE distinto | |
| 01/09/2011 * a 29/02/2012 | 16,71 | Alíquota média de entrada de 11,34% | Interna ou Ajustada (alíquota interna superior a 12%) | s/ destaque do ICMS OP (este valore deverá ser consignado no Campo Inf. Complementares junto do nº do RE) – Destaque da BC e ICMS/ST no campo próprio | Alíquota interna da mercadoria | Até o dia 09 do 2º mês subsequente em DAE distinto | 26/08/2011 |
| <p>(*) Artigo 25 do RE determina efeitos das alterações a partir de 01/08/2011, porém o recebimento ocorre em 26/08, fazendo a consideração das modificações a partir de 01/09/2011.</p> | | | | | | | |

Apuração das Saídas desacobertadas

Em relação às saídas foi montada pelo LAUD planilha intitulada “Itens Carregados”. Nesta planilha foram filtrados apenas os pedidos referentes à Space matriz, que não foram cancelados pelo adquirente e que possuíam informações referentes ao carregamento da mercadoria - determinando o período pela data deste carregamento.

Assim foram agrupados todos os pedidos carregados por mês e confrontados com os itens das NFE ATIVAS, emitidas pelo contribuinte no mesmo período, considerando todos os CFOPs de venda, a saber, 5102, 5403 e 6102.

Assim:

SAÍDAS TOTAIS POR PRODUTO CARREGADO (Planilha Itens Carregados) (-) SAÍDAS TOTAIS POR PRODUTO CONFORME NFE ATIVAS
(=) BC SAÍDAS DESACOBERTADAS

Ou seja, produtos que tiveram maior quantidade comercializada verificada no sistema gestor do contribuinte em relação às NFs emitidas no mesmo período perfizeram a BC das saídas desacobertadas.

Convém ressaltar que, em relação às mercadorias sujeitas à D/C em MG, a base de cálculo para cobrança do ICMS OP foi a quantidade a maior multiplicada pelo valor médio unitário de saída da mercadoria verificada no sistema do contribuinte. Sobre esta BC aplicou-se a alíquota interna da mercadoria.

Já sobre as mercadorias sujeitas à substituição tributária, o valor da diferença foi ajustado com a aplicação do redutor para se chegar ao VALOR PRESUMIDO DE ENTRADA, incidindo alíquota média de entrada estabelecida no regime para cálculo do ICMS OP. O cálculo do ICMS/ST foi realizado mercadoria a mercadoria, conforme preceitos do regime especial acima expostos.

Foi exigido MR de 50% para o ICMS OP e 100% para o ICMS/ST, conforme artigo 56 da Lei 6763/75 e multa isolada de 40% sobre o valor da operação, conforme artigo 55, inciso II da mesma Lei, majorada em 100% devido à constatação de reincidências.

Apuração das Entradas Desacobertadas

Em relação às entradas foi elaborada planilha intitulada “Itens Adquiridos” ou “Itens Compras” que agrupou tudo o que foi adquirido pelo contribuinte em cada período. Foram filtrados os pedidos de responsabilidade da Space Matriz, sem data de cancelamento, agrupados para fins de comparação pela data de entrada das mercadorias no estabelecimento. Os totais de item por mês dos pedidos foram confrontados com os totais de cada mercadoria lançados no Registro 54 (itens de entrada) do arquivo Sintegra enviado pelo contribuinte do respectivo mês. As diferenças encontradas, ou seja, aquisições em quantidades maiores no arquivo das informações extrafiscais compuseram o demonstrativo do crédito.

A base de cálculo das entradas desacobertada foi obtida através da multiplicação da quantidade a maior verificada na planilha Itens Compras pelo valor médio do produto na mesma planilha, valor este obtido pela divisão do valor total do produto pela sua quantidade total.

Assim, no caso dos autos, diante da constatação de diferenças relativas às saídas e entradas de mercadorias no estabelecimento autuado, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração para exigir o imposto devido e as multas cabíveis.

Conforme relatado, a autuação refere-se à constatação, no período de janeiro a agosto de 2010, de entradas e saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal e à substituição tributária, desacobertadas de documento fiscal, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado com as notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada e com DAPIs e arquivos eletrônicos transmitidos pela Contribuinte.

Os documentos extrafiscais foram obtidos no estabelecimento autuado em operação de busca e apreensão, conforme Autos de Apreensão e Depósito-AAD nºs 011027 e 9233, os quais foram compilados pela equipe do Laboratório de Auditoria Digital (LAUD/SEF), que extraiu as informações do banco de dados da Contribuinte.

Esses dados foram confrontados com as notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada e as informações fiscais prestadas pela Contribuinte em seus documentos e arquivos eletrônicos transmitidos à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais-SEF/MG, apurando entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Em relação às saídas de mercadorias sujeitas à tributação normal, desacobertadas de documentação fiscal, foram exigidos ICMS, Multa de Revalidação (simples), capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75, sendo que, nas ocorrências de entrada desacobertada, houve exigência somente da citada multa isolada majorada.

Já no tocante às constatações de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, desacobertas de documentação fiscal, foram exigidos ICMS/ST, Multa de Revalidação (em dobro), capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75, sendo que, nas ocorrências de saída desacoberta, houve exigência somente da citada multa isolada majorada.

Destaca-se que, na aplicação da multa isolada, foi observado o disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Para apuração das saídas desacobertas de nota fiscal, o Fisco elaborou planilhas discriminando os dados de cada pedido de venda da Autuada, extraídos dos documentos extrafiscais obtidos em operação de busca e apreensão no estabelecimento autuado, computando, assim, os valores mensais (quantidade e valor de produto) dos referidos pedidos para cada código de mercadoria.

Esses dados foram confrontados com os valores mensais obtidos das notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada no mesmo período apurando, assim, para cada código de produto vendido, a diferença relativa às saídas desacobertas de documento fiscal.

Essas planilhas se encontram no CD de fls. 69 (Anexo 3 do Auto de Infração), na íntegra e com respectivos códigos de autenticidade dos arquivos MD-5, sendo que o Fisco anexou, às fls. 53/68, as primeiras e últimas páginas de cada mês relativas às planilhas constantes dos arquivos “Saídas Confronto Copiagem x Fiscal”.

E, para apuração das entradas desacobertas, o Fisco elaborou as planilhas intituladas “Itens Compras”, na qual discriminou, para cada produto adquirido no período autuado, os dados extraídos dos documentos extrafiscais, obtidos na referida operação de busca e apreensão.

Os totais mensais desses dados, relativos a cada código de produto, foram levados à planilha denominada “Entrada Confronto Copiagem x Fiscal”, os quais foram cotejados com os valores constantes dos arquivos “Registro 54 Entradas”, correspondentes aos dados lançados no Registro 54 (itens de entrada) do arquivo Sintegra enviado pela Contribuinte, apurando, assim, para cada código de produto adquirido, a diferença relativa às entradas desacobertas de documento fiscal.

O Demonstrativo do Crédito Tributário se encontra às fls. 26/28 dos autos.

Explicitando novamente a metodologia do trabalho, foram confrontadas as informações de aquisição e vendas de mercadorias contidas no material apreendido com as informações fiscais declaradas em DAPI, NF-es, emitidas e ativas, e arquivos eletrônicos enviados referentes às entradas (aquisição) e saídas de mercadorias.

A diferença a maior constatada nos arquivos extrafiscais foi considerada desacoberta.

Ainda que houvesse dúvidas sobre as irregularidades apontadas, no momento em que foram confrontados todos os dados extrafiscais com os fiscais, caso não houvesse operações desacobertas, o valor apurado seria compatível ao que foi declarado oficialmente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na verdade, o que ocorreu foi uma diferença exorbitante de dados extrafiscais em relação aos declarados, mas apenas essa diferença foi exigida.

Logo, não merece acolhida a afirmação dos Impugnantes de que houve majoração da cobrança dos valores em razão de ter sido desconsiderado o que foi pago.

O Fisco declara que a Autuada classifica seus pedidos de vendas de acordo com o tratamento tributário que ele aplica, sendo: código 1 - vendas diamante com percentual de nota fiscal 0%; na modalidade ouro, código 2, 10% do pedido com documento fiscal; prata, código 3, 30%; bronze, código 4, 50% e na venda especial, código 5, 100%. Nas vendas denominadas especiais, verificou-se, posteriormente, a utilização de empresas “parceiras” para emissão das notas fiscais, ou seja, continua desacobertada já que a nota fiscal não se refere à real operação.

Nesse contexto, os Impugnantes afirmam que o Fisco se precipitou ao interpretar essa classificação como evasão à tributação e não reconhece a documentação obtida, embora tenha sido apreendida em seu estabelecimento.

Entretanto, reiterando o que foi esclarecido em sede de preliminar, a metodologia aplicada pelo Fisco de comparar os totalizadores do “Sistema Gestor” com o montante declarado pela Contribuinte permitiu alcançar, de maneira definitiva, essas diversas situações, sem que fosse preciso se valer dessa classificação para separar as operações e fazer cobranças distintas.

Cumpra reforçar que os Impugnantes poderiam, facilmente, desconstituir a acusação fiscal, se apresentassem as notas fiscais das respectivas diferenças apuradas. Ao contrário disso, apegam-se em supostos vícios formais.

Reitera-se que as provas foram obtidas em seu estabelecimento e não cabe ao Impugnantes desconstituí-las ou insinuar que as mesmas foram obtidas em locais não sabidos.

Ao contrário das alegações da Defesa, não houve inversão do ônus da prova. Todo o material probatório está devidamente apreendido, não lhe cabendo alegar desconhecimento deles.

Entretanto, os Impugnantes não foram capazes de refutar nenhuma das imputações do Fisco.

Cumpra reiterar, também, a declaração do Fisco de que a extensa documentação apresentada – NF’s de entrada e respectivos GNRE ou DAE quando exigidos, folhas de rosto elencando as NF’s registradas diariamente e resumo diário por CFOP das entradas, que resultou em 55 (cinquenta e cinco) volumes anexos, não trouxe nenhuma informação nova que pudesse afastar ou reduzir o crédito tributário. Todas as informações que a Autuada lançou em sua escrita fiscal foram consideradas pelo Fisco, conforme já explicitado na metodologia do trabalho.

Quanto aos questionamentos existentes nos documentos apensados aos autos pelos Impugnantes e posterior aditamento à impugnação, sobre a confiabilidade e rastreamento dos dados extrafiscais utilizados na elaboração do presente trabalho, o Fisco, às fls. 9.951/9.953, traz esclarecimentos, de forma mais detalhada, acerca do processo de apreensão e copiagem dos documentos e equipamentos da Contribuinte.

Explica que o AAD nº 11.027, de 27/11/14, refere-se, exclusivamente, à apreensão de documentos físicos na empresa autuada, durante a execução da Operação Dono do Mundo I.

Acrescenta que, dos 33 (trinta e três) equipamentos da empresa copiados pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais-SEF/MG, quatro computadores (notebook) foram apreendidos conforme AAD nº 9.233, de 10/12/13, emitido durante a Operação Concorrência Leal, e, ainda, um computador (notebook) foi apreendido mediante AAD nº 12.800.

Os demais computadores (vinte e oito) foram copiados no próprio estabelecimento autuado (*in loco*), devidamente formalizados pelos seus respectivos Auto de Copiagem e código “Hash” específicos, não havendo que se falar em emissão de Auto de Apreensão, uma vez que tais equipamentos não foram objeto de apreensão pelo Fisco.

Destaca-se que não há que se falar em falta de correlação temporal, pois os documentos citados foram emitidos durante a execução de três operações (Concorrência Leal, Dono do Mundo I e Dono do Mundo II), que ocorreram em datas distintas, nos anos de 2013 e 2014.

Pela relação da “Documentação Técnica Disponibilizada”, mencionada pelo Perito às fls. 9.529 (documento “Laudo Pericial), e pelo comentário constante do documento “Análise Contábil e Fiscal” (fls. 9.622/9.637), observa-se que as análises apresentadas nas referidas obras não foram realizadas com base na totalidade dos documentos recebidos pela Contribuinte, relacionados aos 33 (trinta e três) Autos de Copiagem, que, conforme declaração do Fisco, foram devidamente numerados de 01 a 33 e assinados pela senhora Laureci Varoto de Ramos, autorizada pelo senhor Jairo Cláudio Rodrigues a acompanhar o processo de copiagem dos equipamentos apreendidos.

Verifica-se que os dados obtidos dos 33 (trinta e três) Autos de Copiagem, juntamente com os extraídos dos documentos físicos apreendidos, formaram um acervo probatório extenso, que, após a compilação, deram origem às planilhas que demonstraram o montante real das operações praticadas.

Conforme salientado pelo Fisco, até esse momento de composição das imagens encontradas e copiadas e transcrição para planilhas de banco de dados, as informações foram tratadas pelo LAUD (Laboratório de Auditoria Digital).

Em relação às imagens que compuseram as planilhas que subsidiaram o trabalho, o Fisco demonstra, às fls. 9.953/9.955, a origem e conexão do que foi apreendido com as respectivas chaves de segurança e sua relação com as planilhas que consubstanciaram a autuação, ressaltando que nem todo o material apreendido digitalmente estava hábil a gerar arquivos necessários ao Fisco para elaboração do crédito tributário.

Assim, ao realizar o confronto das planilhas elaboradas pelo LAUD com a escrituração da Autuada, o Fisco produziu as planilhas mensais, detalhando o crédito tributário, que foram anexadas e apresentadas em sua íntegra em CD, em razão da

grande quantidade de folhas, gerando-se, para cada arquivo, um código de autenticidade, também juntados ao CD.

Insta lembrar que todos os arquivos e HD's foram copiados e devolvidos à Contribuinte, que, em posse, poderia a qualquer momento acessá-los, especialmente para que pudesse contrapor e argumentar, caso percebesse alguma incorreção.

Pelo exposto, não há que se falar em impossibilidade de identificação ou rastreamento do ponto de armazenamento dos dados demonstrados pelo Fisco na ação fiscal e nem em qualquer dificuldade na conferência e análise das informações contidas no relatório final da ação fiscal, não sendo necessária, portanto, a utilização de qualquer perícia técnica.

O Fisco expõe, reiteradamente, o trabalho realizado, de forma a garantir a compreensão da metodologia empregada, a fim de sanar qualquer dúvida que ainda persista.

Importante ressaltar que todos os pedidos que tinham informação de cancelamento foram expurgados na elaboração das planilhas relativas às entradas e saídas extraídas do “sistema gestor”.

Merece destaque, também, a interpretação errônea da Impugnante de que o Fisco não poderia computar as operações de transferência.

A legislação tributária mineira prevê a incidência de ICMS nas operações de transferências, nos termos do inciso VI do art. 6º da Lei nº 6.763/75:

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Ressalta-se que, assim como a legislação tributária mineira, a Lei Complementar Federal nº 87/96, incontestavelmente, institui esse tipo de operação como fato gerador do imposto, de acordo com o inciso I do art. 12:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Quanto ao ICMS/ST, a legislação tributária deixa claro que pode haver incidência nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, desde que não haja comprovação de que o tributo tenha sido destacado e/ou recolhido previamente.

Nesse contexto, não há que se falar em exclusão das operações de transferência constantes do trabalho realizado, uma vez que elas foram consideradas tanto no “sistema gestor” quanto nas saídas declaradas pela Autuada ao Fisco.

Sobre a alegação de que não houve observância ao princípio da não cumulatividade por parte do Fisco, cumpre esclarecer que, mesmo praticando a conduta

de saídas desacobertadas, o contribuinte ao adquirir mercadoria com nota fiscal, pode creditar-se do ICMS no momento da entrada dessas mercadorias, no caso de serem sujeitas ao regime normal de tributação (débito/crédito), conforme escrituração efetuada pela empresa.

Contudo, nos casos em que não as adquiriu com nota fiscal, o contribuinte não tem direito ao crédito, pois não houve o devido destaque em documento fiscal.

Não havendo lastro documental para concessão do crédito, ou seja, nota fiscal idônea, não há que se falar em crédito, nos termos dos arts. 68 e 69 do RICMS/02.

Da mesma forma, em relação às entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documento fiscal, não é possível abater o crédito da operação própria no cálculo do ICMS/ST, uma vez que não houve o devido pagamento do imposto que incidiria na operação de aquisição.

Também não procede a alegação da existência de problemas no arquivo Sintegra da Contribuinte, em relação ao fato de que o sistema Gestor *“não obedecia a uma condição imposta pelo layout do arquivo Sintegra no registro 74 onde quantidade de estoque deve ser informada considerando o valor com 3 casas decimais após a vírgula”*.

Cumprе reiterar que o Fisco apurou as entradas desacobertadas com base no confronto entre as informações constantes dos documentos extrafiscais e o **registro 54** do arquivo Sintegra informado ao Fisco pela Autuada, não se utilizando das informações constantes do registro 74 citado pela Impugnante, que se refere ao estoque do estabelecimento.

Em que pese as alegações genéricas de duplicidade de pedidos, o Fisco realizou conferência de todas as planilhas, detectando algumas operações de compra em duplicidade, o que levou à reformulação do crédito tributário, para excluir tais operações, conforme demonstrativos de fls. 9.965/9.967.

As novas planilhas de “Confronto de Itens Compras” foram acostadas às fls. 9.968/9.994.

Insta registrar que, ao contrário do entendimento da Impugnante de que a retificação fiscal demonstra fragilidade do trabalho, o fato do Fisco ter feito todo o levantamento evidencia a seriedade e exatidão do lançamento.

Verifica-se que as duplicidades indicadas no documento “Análise Contábil e Fiscal”, fls. 9638/9642, ficaram apenas nas suposições, pois não foram devidamente comprovadas, lembrando que o fato de diversos pedidos terem os mesmos valores, destinatários e datas não conduzem à conclusão de que há duplicidade.

Observa-se que, para cada operação, um número de pedido foi gerado, o que demonstra que não há duplicidade de pedidos.

Da mesma forma, não são cabíveis os argumentos de que existem *“pedidos duplicados por erro de sistema”*, apresentados pelo Perito às fls. 9.547/9.552, alegando que *“o valor do pedido diverge do somatório dos itens”*.

Ressalta-se que a relação de itens destacada, utilizada para confrontar com o valor total do pedido informado pelo sistema, pode representar apenas parte do pedido, não correspondendo ao total, o que explica a divergência citada pelo Perito.

Salienta-se, ainda, que os períodos dos exemplos apresentados não correspondem ao período autuado.

Cumprido frisar que, caso houvesse, de fato, duplicidade de pedidos, a Impugnante teria material suficiente para comprovar o alegado, uma vez que ela detém todas as informações necessárias para tal, tanto as fiscais (arquivos transmitidos ao Fisco) quanto as extrafiscais, que foram objeto de cópia pelo Fisco.

Importante destacar que, repetidamente, os autores dos documentos apresentados aos autos pela Impugnante (“Laudo Pericial” e “Análise Contábil Fiscal”) informam que não tiveram acesso aos arquivos que deram origem às planilhas elaboradas pelo Fisco, ou seja, aos arquivos objeto de cópia, argumentando, então, a necessidade de uma perícia técnica. Verifica-se, assim, a inevitável fragilidade das conclusões.

Nota-se que o presente lançamento se enquadra perfeitamente no disposto do art. 136 do RPTA, pois não houve até a presente data a apresentação de documentos ou indícios mais efetivos para sustentar que a não ocorrência de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal.

Os Impugnantes poderiam elidir a acusação fiscal mediante anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável. Como assim não agiram, aplica-se ao caso presente o disposto no art. 136, do RPTA, *in verbis*:

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Destaca-se que, mesmo diante de nova oportunidade, oferecida por este Conselho, para ilidir as acusações fiscais, a Impugnante mantém os argumentos iniciais, não trazendo qualquer documento que possa comprovar suas alegações, o que induz à conclusão de que a Defesa se valeu do subterfúgio da juntada de documentos com intuito meramente protelatório.

Em atendimento ao despacho interlocutório, em que a 2ª Câmara de Julgamento solicitou que a Impugnante apresentasse planilha demonstrativa (em meio físico e digital) na qual constasse as entradas e saídas, seus pedidos e cancelamentos, correlacionando com os documentos da escrita fiscal e comercial, inclusive arquivos magnéticos, de forma a demonstrar e comprovar as inconsistências que alega existirem no levantamento fiscal, a Defesa trouxe aos autos o “Laudo de Revisão Tributária” de fls. 10.068/10.073, elaborado pelos sócios da empresa “Consultap Consultoria e Auditoria Ltda”, especialistas em Controladoria Auditoria e Perícia.

Nesse documento, os autores declaram que identificaram erro no sistema, afirmando que o total dos itens constantes em cada pedido não corresponde ao registrado na coluna “Total do Pedido”, ou seja, essa coluna não reflete a soma dos itens do pedido.

Para evidenciar suas alegações, anexaram ao laudo uma planilha (Anexo I constante do CD de fls. 10.073), que demonstra as diferenças das somas dos valores unitários dos pedidos e dos valores constantes da coluna “Total do Pedido”.

Contudo, não procede essa argumentação, conforme bem colocado pelo Fisco.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi diferenciada em relação aos outros processos submetidos ao mesmo laudo, uma vez que, no período autuado, a Contribuinte era detentora do Regime Especial nº 16.000386628-48, que lhe atribuía responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST nas saídas de suas mercadorias.

Assim, para cada código de mercadoria, o Fisco efetuou o confronto entre os dados da copiagem, extraídos dos documentos extrafiscais obtidos em operação de busca e apreensão no estabelecimento autuado, e os valores mensais obtidos das notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada no mesmo período (arquivos “Itens NFs ativas 5102-5403-6102”), apurando, assim, para cada código de produto vendido, a diferença objeto de autuação.

Logo, a planilha apresentada pelos autores do laudo em análise, apontando possível erro entre os valores totais do pedido e o somatório dos itens sequer se aplica ao processo em comento, já que o Fisco calculou a diferença por produto, não confrontando com valores totais do pedido, sendo que um pedido pode conter vários itens/produtos.

Observa-se, então, que as conclusões indicadas pelos autores do documento “Laudo de Revisão Tributária” não condizem com o trabalho fiscal realizado, o que prejudica consideravelmente a confiabilidade dos dados apresentados no referido laudo.

Salienta-se que a Defesa apresenta apenas argumentações vazias, sem qualquer comprovação documental.

No laudo em análise, os autores informam, ainda, que toda entrega dos pedidos gera um número de carregamento com informações de localização das mercadorias em estoque.

Afirmam que, quando as vendas não são concretizadas, tendo em vista, por exemplo, a desistência de compra por parte do cliente, não é gerado o número de carregamento, conseqüentemente a venda não é realizada.

Concluem que diversos pedidos que não foram carregados, ou seja, a venda não foi concretizada, compõem o crédito tributário em questão.

Visando demonstrar tais alegações, elaboraram a planilha correspondente ao Anexo II do laudo, constante do CD de fls. 10.073.

O Fisco, entretanto, reitera, em sua manifestação fiscal, sobre a metodologia utilizada, em que foram filtrados apenas os pedidos referentes à Space matriz, que não foram cancelados pelo adquirente e que possuíam informações referentes ao carregamento da mercadoria, determinando o período pela data desse carregamento.

Destaca-se que, novamente, houve indicação de informações em planilha relativa ao laudo em discussão desacompanhadas de qualquer documento comprobatório.

A última conclusão apresentada no laudo foi em relação aos pedidos cancelados, informando que o Fisco considerou, na apuração de entrada desacobertada, diversos pedidos de compra cancelados, os quais foram indicados no Anexo III do citado laudo.

No tocante a esse ponto, vale trazer os comentários do Fisco, na manifestação fiscal, em relação à metodologia adotada no presente trabalho, com a finalidade de dirimir qualquer dúvida que ainda persista:

“Quanto à alegação de inclusão indevida de pedidos cancelados nas operações de aquisição, novamente esclarecemos que, em relação às entradas, foi elaborada planilha intitulada “Itens Adquiridos” ou “Itens Compras” que agrupou tudo o que foi adquirido pelo contribuinte em cada período. Foram filtrados os pedidos de responsabilidade da Space Matriz, **sem data de cancelamento**, agrupados para fins de comparação pela data de entrada das mercadorias no estabelecimento. Os totais de item por mês dos pedidos foram confrontados com os totais de cada mercadoria lançados no Registro 54 (itens de entrada) do arquivo Sintegra enviado pelo contribuinte do respectivo mês. As diferenças encontradas, ou seja, aquisições em quantidades maiores no arquivo das informações extrafiscais compuseram o demonstrativo do crédito.”

(grifou-se)

Nesse contexto, verifica-se que o Fisco, corretamente, expurgou do levantamento todas as operações de compras que se encontravam canceladas.

Ademais, a Impugnante, mais uma vez, apresenta arguições mediante documento intitulado “Laudo de Revisão Tributária”, sem trazer qualquer documentação que possa comprovar o alegado.

Pelo exposto, embora a Impugnante tenha tido diversas oportunidades para demonstrar e comprovar suas alegações, verifica-se que todo o material apresentado por ela até o momento em sua defesa - não foi capaz de elidir as exigências fiscais, uma vez que não foi acompanhado por provas, documentos ou quaisquer outros elementos aptos a afastar a acusação de entradas e saídas desacobertadas de documentos fiscais.

Ressalte-se que a Impugnante não conseguiu atender o despacho interlocutório exarado pela 2ª Câmara, constante às fls. 10.063, em que foi solicitada

uma “*planilha demonstrativa (em meio físico e digital) na qual conste as entradas e saídas, seus pedidos e cancelamentos, correlacionando com os documentos da escrita fiscal e comercial, inclusive arquivos magnéticos, de forma a demonstrar e comprovar as inconsistências que alega existirem no levantamento fiscal.*” (grifou-se)

Os Impugnantes requereram, “ante o princípio da eventualidade”, “a compensação do valor pago a idêntico título”, ao argumento de que denúncia espontânea formulada versaria sobre a mesma matéria do PTA.

No entanto, segundo os esclarecimentos já feitos anteriormente, a referida denúncia espontânea não foi acolhida e, assim, não há que se falar em compensação de pagamento de valores a idêntico título, como pretendem os Impugnantes.

No tocante à corresponsabilidade atribuída ao sócio-administrador, Sr. Jairo Cláudio Rodrigues, pelo Fisco, o Coobrigado alega que não se aplica o disposto no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional-CTN, uma vez que tal responsabilidade não decorre de mera inadimplência do contribuinte, cabendo ao Fisco demonstrar que houve abuso de gestão ou infração à lei.

Colaciona trechos de jurisprudência nesse sentido, refutando a figuração do Coobrigado no polo passivo, concluindo que a responsabilidade dos diretores não é objetiva, mas sim subjetiva e tem que ser fundada em conduta dolosa concreta.

De fato, 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 e, ainda, no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 135. - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Registra-se que o cometimento das infrações detectadas, ou seja, a prática de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal não trata de 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 com mercadorias e ocultá-las do controle do Fisco.

Essa sistemática necessita, evidentemente, de decisão gerencial, efetivada com infração de lei, portanto, alcançada pela responsabilidade prevista na legislação transcrita.

Nesse sentido, já se manifestou este Conselho de Contribuintes em diversos julgados:

ACÓRDÃO: 21.755/15/1ª - PTA/AI: 01.000209942-12

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA – CORRETA A ELEIÇÃO. O SÓCIO ADMINISTRADOR É RESPONSÁVEL PELOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES A OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS RESULTANTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO OU ESTATUTO, NOS TERMOS DO ART. 135 DO CTN C/C ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. CORRETA A ELEIÇÃO DO COOBRIGADO PARA O POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

ACÓRDÃO: 21.940/15/1ª - PTA/AI: 01.000219677-15

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIOS – CORRETA A ELEIÇÃO. CORRETA A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA AOS VERDADEIROS SÓCIOS DA AUTUADA – QUE NÃO CONSTAM DOS ATOS CONSTITUTIVOS – ASSIM COMO AO SÓCIO-ADMINISTRADOR EFETIVAMENTE REGISTRADO, EM RAZÃO DE PRÁTICA DE ATOS COM INFRAÇÃO À LEI E AO CONTRATO SOCIAL, NOS TERMOS DO ART. 135, INCISO III DO CTN C/C ART. 21, INCISO XII E § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. CONSTATOU-SE, MEDIANTE CONFERÊNCIA DE NOTAS FISCAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ABATE DE BOVINOS ESCRITURADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS (LRE), QUE A AUTUADA PROMOVEU A ENTRADA DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, EM RETORNO DE INDUSTRIALIZAÇÃO, DESACOBERTADAS DE DOCUMENTO FISCAL, NOS TERMOS DO ART. 16, INCISO VII DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 18, INCISO II E § 3º DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO EM DOBRO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II, § 2º,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INCISO I E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA "A", AMBOS DA MENCIONADA LEI. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS.

Conforme declaração do Fisco, o sócio em questão efetivamente participa dos atos da empresa, o que pode ser comprovado mediante diversas correspondências eletrônicas, como por exemplo as constantes de fls. 179/180, e figura na sociedade desde 11/03/08, como sócio-administrador, detendo 99% de participação acionária.

De acordo com a Cláusula Sétima da Alteração do contrato social nº 9 de 17/12/12, protocolada na Junta Comercial: *"A sociedade é administrada e representada isoladamente pelo sócio JAIRO CLÁUDIO RODRIGUES, competindo-lhe o uso da denominação social, bem como praticar qualquer ato administrativo no interesse social, representando ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, perante as pessoas físicas ou jurídicas, quer sejam públicas ou privadas, inclusive perante os estabelecimentos de crédito."*

Resta claro, portanto, o alcance da participação do sócio em questão e seu envolvimento nas operações autuadas, não podendo o Fisco se omitir em alçá-lo ao polo passivo da obrigação tributária.

No tocante à Multa Isolada, verifica-se que o Fisco, corretamente, capitulou a prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, adequando ao disposto no § 2º do referido artigo, sendo limitada a duas vezes e meia o valor do imposto exigido:

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:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

Com relação à majoração da multa isolada aplicada, cumpre destacar que a reincidência decorre da prática de nova infração, cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, nos termos do art. 53, § 6º e 7º, *in verbis*:

Art. 53.

(...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da

infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes.

Analisando as telas comprobatórias da reincidência apresentadas pelo Fisco, às fls. 15/16, e confirmada por pesquisa realizada por este Órgão (fls. 9.488/9.490), constata-se que, ao contrário do alegado pelos Impugnantes, a majoração da penalidade se encontra em consonância com a legislação.

As autuações que caracterizaram a reincidência foram: PTA nº 04.002087711-00, quitado pela Autuada em 12/12/07, e PTA nº 04.002094365-68, quitado em 31/01/08, ou seja, a prática da nova infração, que ocorreu em 2010 e 2011, e o reconhecimento da infração anterior, em 2007 e 2008, estão dentro do período de 5 (cinco) anos, conforme § 6º do art. 53 da Lei nº 6.763/75.

Por fim, a Defesa contesta os efeitos confiscatórios das multas, fundamentando suas alegações em trechos doutrinários.

Argui que a aplicação da multa nos patamares exigidos configura violação aos princípios da capacidade contributiva, razoabilidade e proporcionalidade.

Porém, a atividade fiscal é vinculada, não cabendo ao agente público a discricionariedade em seus atos, devendo todos eles estarem amparados na legislação pertinente.

A multa de revalidação incide quando o contribuinte deixa de cumprir obrigação principal, e a multa isolada incide quando o contribuinte deixa de cumprir obrigação acessória, consistente, por exemplo, no dever de dar entrada/saída de mercadoria somente acobertada por documento fiscal, sendo certo que o seu descumprimento acarreta a imposição de sanção pecuniária, como é o caso desta autuação.

Dessa forma, o Fisco observou todos os dispositivos legais ao fixar o *quantum debeat*, não lhe cabendo fazer juízo de valor em relação aos montantes cobrados.

Cumprе ressaltar que as condutas constatadas são comissivas, ou seja, necessitam da vontade do agente para sua ocorrência, não se constituindo em mera omissão ou esquecimento de aspectos formais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescenta-se 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;

(...)

Corretas, pois, as exigências fiscais apuradas após a reformulação do crédito tributário, relativas ao ICMS, ICMS/ST, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Correta, também, a inclusão, no polo passivo da obrigação tributária, do sócio-administrador da empresa autuada, na qualidade de responsável solidário, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário às fls. 9.965/9.994, conforme o parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Impugnante Space Minas Distribuidora Ltda, sustentou oralmente o Dr. Antônio Roberto Winter de Carvalho e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Sérgio Timo Alves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes e Cindy Andrade Moraes.

Sala das Sessões, 21 de junho de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Revisor

Marco Túlio da Silva
Relator

T