

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.214/11/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000163981-39
Impugnação: 40.010126658-51
Impugnante: Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda.
IE: 062909528.00-70
Proc. S. Passivo: Rafael Fontes Sucupira
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-3

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - CONTA CAIXA/RECURSOS NÃO COMPROVADOS – BANCOS. Constatada, mediante conferência dos lançamentos contábeis na conta “Caixa/Bancos”, a existência de recursos creditados em conta-corrente bancária de titularidade do Sujeito Passivo, não contabilizados, sem comprovação da origem e sem lastro em documentos fiscais, caracterizando a omissão de receitas que autoriza a presunção legal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75, c/c art. 194, § 3º do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ARQUIVO ELETRÔNICO - FALTA DE ENTREGA/ENTREGA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Constatada a falta de entrega e entrega em desacordo com a legislação, no prazo e na forma legal, dos arquivos eletrônicos referente à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e, das aquisições e prestações realizadas referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, conforme previsão dos arts. 10, caput e § 5º e 11, caput e § 1º, ambos do Anexo VII do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei nº 6763/75. **Infração caracterizada.**

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS e descumprimento de obrigação acessória decorrente das irregularidades a seguir:

1. saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, no período de janeiro a novembro de 2004, comprovada mediante recebimento de recursos em contas bancárias não contabilizadas em nome da Autuada e sem comprovação efetiva da efetiva origem de tais recursos. Exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2. falta de entrega dos arquivos eletrônicos previstos no Anexo VII do RICMS/02 referente ao mês de fevereiro de 2004, apesar da obrigatoriedade de entrega e das intimações datadas de 17/07/09 e 17/12/09. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75;
3. entrega irregular dos arquivos eletrônicos previstos no Anexo VII do RICMS/02, referentes aos meses de janeiro e março a dezembro de 2004. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75.

Conforme Termo de Rerratificação constante às fls. 3.293, o Fisco retificou a fundamentação legal para a exigência da multa isolada aplicada nas irregularidades dos itens 2 e 3 acima, passando de art. 53, inciso XXIV, constante no Auto de Infração, para art. 54, inciso XXXIV da mesma Lei nº 6.763/75.

O processo encontra-se instruído com Auto de Início da Ação Fiscal (fls. 02); Termo de Recusa (fls. 03); Boletim de Ocorrência – BO (fl. 09/10); Auto de Infração – AI (fls. 11/12); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCM (fls. 13); Relatório Fiscal (fls. 14/24); Anexo I – Cópias dos Extratos Bancários das Contas Correntes dos Bancos Real e Caixa Econômica (fls. 25/197); Anexo II – Cópias dos Livros Diário e Razão nº 09 e nº 10 (fls. 198/499); Anexos III e IV – Planilha dos Ingressos de Recursos em Conta Corrente não Registrados nos Livros Diário e Razão (fls. 500/531); Anexo V – Planilha Referente a Denúncia Espontânea por deixar de registrar notas fiscais nos LRE e por promover saídas desacobertas de documentação fiscal (fls. 532/539); Anexo VI – Planilha do cálculo da alíquota média de saída tendo por base o mês de novembro/2004 (fls. 540/551); Anexo VII – Planilha com os ingressos dia a dia dos recursos em conta corrente não registrada nos livros Diários e Razão (fls. 552/572); Anexo VIII – Planilha consolidada mensal dos ingressos de recursos em conta corrente não registrados nos livros Diários e Razão (fls. 573/574); Anexo IX – Intimações ao Contribuinte referentes a entrega dos arquivos eletrônicos (fls. 575/577); Anexo X – Tela Catálogo SINTEGRA em 22/12/09 com Arquivos do ano de 2004 transmitidos pelo contribuinte e relatórios de contagem de tipo de registro dos arquivos (fls. 578/589); Anexo XI – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 590/591) e Anexo XII – Demais intimações e respostas do contribuinte (fls. 592/629), Anexo XIII (fls. 630/647 - Cópias de Contrato Social e 8ª Alteração Contratual da Panificadora e Confeitaria Trigopane)

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 650/681, com aditamento às fls. 682/687, nos seguintes termos, em síntese:

- requer, em preliminar, a nulidade da intimação da lavratura do Auto de Infração feita por edital sob argumento de que não houve recusa quanto recebimento das intimações e, sobretudo do Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF, pois, os únicos representantes legais que na oportunidade poderiam recebê-lo, estavam ausentes;

- pede, ainda, em preliminar, o cancelamento do Auto de Infração por insubsistência grave na apuração porque erigido com base em presunções;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- argui a decadência do crédito tributário para todo o período exigido no lançamento com base no § 4º do art. 150 do CTN;

- afirma que os valores movimentados nas aludidas contas correntes da Impugnante são decorrentes de depósitos feitos pelas administradoras de cartão de crédito/débito referentes às vendas feitas sob essa modalidade, conforme atestam os extratos anexados;

- argumenta que todas as vendas feitas, cujos recebimentos se deram em espécie, cheques, cartão de débito ou crédito e vales, eram lançadas a débito de caixa e a crédito de vendas a vista;

- entende que esse procedimento não trouxe qualquer lesão ao erário Estadual já que tais ingressos de receitas nas aludidas contas correntes foram decorrentes das vendas efetuadas com cartões de crédito, débito e vales e foram integralmente contabilizadas e compuseram a base de cálculo do ICMS devido no período;

- informa que não conseguiu em tempo hábil identificar a origem de todos os recursos depositados nas contas correntes pelo fato de algumas operadoras não enviarem os extratos de pagamentos;

- pede o cancelamento das multas aplicadas por restar comprovado que não houve saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

- requer a realização de prova pericial no sentido de comprovar que os recursos ingressados nas contas correntes são decorrentes dos recebimentos das transações feitas com cheques, cartões de crédito/débito e vales, formulando quesitos às fls. 680;

- quanto ao aditamento à peça de defesa para a irregularidade nos arquivos eletrônicos, argui, em preliminar, a nulidade do lançamento por vício na tipificação da multa isolada exigida; e

- alega que o programa aplicativo utilizado, homologado pelo Estado de Minas Gerais, não possibilitava a geração dos registros reclamados no auto de infração;

Finaliza requerendo que seja acolhida a presente Impugnação com vistas a cancelar a Autuação em questão.

Taxa de Expediente recolhida conforme cópia de DAE às fls. 694/695 dos autos.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 3.312/3.351, rebate os argumentos da defesa, nos seguintes termos, em síntese:

- entende que as intimações do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) e do Auto de Infração (AI) feitas por edital seguiram todos os procedimentos estabelecidos na legislação tributária estadual, transcrevendo dispositivos do RPTA/MG que tratam de intimações;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- informa que não restou outra alternativa ao Fisco de intimar por edital, porquanto nos dois momentos (entrega pessoal do AIAF em 21/12/09 e entrega por AR do AI em 28/12/09) houve recusa no recebimento;

- afirma que na entrega pessoal do AIAF, o Contabilista, o Gerente de um dos estabelecimentos da Autuada e seu advogado e procurador se recusaram a receber alegando que somente os sócios tinham poder para tal;

- argumenta que não é razoável que um contribuinte do porte da Autuada fique sem administração em um período de movimento tão intenso como o final de ano devido à enfermidade de um sócio e à viagem do outro, e que não haja nenhum preposto que possa receber documentos expedidos pelo Poder Público;

- afirma que não procede o argumento da Autuada de vício insanável na apuração do crédito tributário, vez que todo levantamento tomou por base os documentos de movimentação bancária entregues pela própria Autuada;

- diz que foi verificada toda a escrita contábil da Autuada e não foi identificado qualquer registro nos livros Diário e Razão que correspondesse aos ingressos de recursos constantes nos extratos bancários das contas correntes na CEF e Banco Real;

- que a Autuada foi intimada a vincular os registros constantes nos extratos bancários com os lançamentos dos livros Diário e Razão, mas não o fez, se limitando a alegar que todos os registros constavam na conta "Caixa";

- como não há relação entre os pagamentos efetuados pelas administradoras de cartão de crédito e a garantia de que essas vendas foram realizadas com documentos fiscais, uma vez que tais valores estão à margem da contabilidade, faz-se a análise dos registros da escrita contábil da Autuada;

- destaca que a Autuada teve oportunidade de comprovar que a receita dos numerosos ingressos nas referidas contas eram decorrentes de vendas de mercadorias ou de outras fontes para afastar a presunção, mas não o fez;

- que os documentos trazidos pela Autuada comprovam tão somente o pagamento daquilo que foi escriturado, ou seja, das vendas realizadas com cupons fiscais e contabilizados nos livros Registro de Saídas e livros Contábeis, mas não se vinculam às contas bancárias não contabilizadas;

- que diante da ausência de prova em contrário, o Fisco se utilizou de procedimento tecnicamente idôneo para exigir o tributo sonegado;

- que o argumento de lançamento contábil incorreto não é subsidiado por qualquer prova em contrário;

- diz que aludida decadência com base no § 4º, art. 150 do CTN não pode prosperar, haja vista que no caso presente, o prazo para o Fisco promover o lançamento é o do art. 173, inciso I do CTN;

- entende que o pedido de prova pericial é desnecessário, por estarem no processo todas as informações sobre os valores movimentados nas respectivas contas e

se tais valores foram levados à tributação, a Autuada teve oportunidade de provar e não o fez;

- informa que, no tocante a arguição de nulidade do lançamento por falta de tipificação válida para as irregularidades com arquivos eletrônicos, se trata de erro do artigo citado, mas que houve retificação com reabertura de prazo de 30 (trinta) dias;

- entende tratar-se de tentativa de transferência de responsabilidade, o fato de a autuada alegar que não gerou o registro tipo “60D” porque o programa aplicativo utilizado não permitia, mas que tal aplicativo foi homologado pelo Estado e fornecido por empresa credenciado;

Conclui, pedindo seja julgada procedente o lançamento.

Da Instrução Processual

Juntada de documentos ao PTA pela Autuada

Analisando a Impugnação da Autuada, o Fisco constatou que vários documentos citados na peça de defesa, que teriam sido anexados, não constavam dos autos. Diante da constatação, a Impugnante foi notificada da ausência da documentação informada, conforme doc. de fls. 700/702.

Atendendo a notificação, a Impugnante apresenta expediente protocolado às fls. 703/704 requerendo a juntada dos documentos de fls. 705/3.291.

Termo de Rerratificação

Após manifestação da Autuada, o Fisco às fls. 3.293, nos termos do art. 120, inciso II, § 1º do RPTA/MG, procede à retificação da peça fiscal, para exclusão e inclusão de fundamentação legal, alterando-se a penalidade prevista para a infração descrita nos itens 2 e 3 do Auto de Infração, passando a mesma a ser capitulada no art. 54, XXXIV da Lei nº 6.763/75, e não no art. 53, inciso XXXIV do referido diploma legal.

Mediante ofício de fls. 3.295, a Autuada é devidamente informada sobre a reformulação da peça fiscal, sendo reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para promover o pagamento do crédito tributário, impugná-lo através de aditamento de sua peça defensiva ou parcelá-lo, nos termos da legislação vigente, não se manifestando.

Inclusão do PTA 01.000163981-39 no Pedido de Parcelamento Especial – PPE II

A Impugnante é informada pelo ofício da Repartição Fazendária, fls. 3.300, de que o PTA em análise fora incluído no parcelamento especial e intimada a promover pagamento de diferença.

Em resposta à notificação, a Impugnante, por meio do expediente de fls. 3.304/3.305, informa que conforme Parecer de fls. 3.306/3.307 a AGE autorizou que o referido ficasse de fora do Programa de Parcelamento Parcial de crédito de ICMS.

Diligência da Assessoria do CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, às fls. 3.358, retorna os autos à origem para que o Fisco diligencie no sentido de atender o seguinte:

- informar o fundamento na legislação para a determinação da alíquota do ICMS aplicada;
- tratando-se de presunção de saída desacobertada de mercadorias, informar quais as alíquotas das possíveis mercadorias comercializadas pela Autuada;
- informar se entende que realmente ocorreu a reincidência da forma como apontada às fls. 3.356/3.357, e, se assim entender, promover as alterações pertinentes;
- havendo juntada de documentos, abrir vista dos autos a Autuada por 05 (cinco) dias, nos termos do art. 140 do RPTA;
- no caso de reformulação do crédito tributário, conceder vista dos autos a Autuada por 10 ou 30 dias, conforme o caso, consoante art. 120, §§ 1º e 2º do RPTA/MG.

Atendendo a diligência, o Fisco, em Manifestação de fls. 3.359/3.360, informa que o fundamento na legislação para a determinação da alíquota do ICMS aplicada, conforme consta no Auto de Infração e no Relatório de Irregularidades Apuradas anexo ao Auto de Infração é o art. 195, inciso V, alínea “b” do RICMS/02.

As alíquotas das mercadorias comercializadas pela Autuada foram obtidas através do cálculo da alíquota média de saída, conforme demonstrado no Anexo VI do PTA – “Planilha do Cálculo da Alíquota Média de Saída Tendo por Base o Mês de Novembro de 2004”, sendo que a alíquota média de 8,72% (oito vírgula setenta e dois por cento) foi obtida dividindo-se o valor do ICMS devido pelo valor das operações do mês de novembro de 2004.

Quanto à reincidência da forma como apontada às fls. 3.356/3.357, entende que a mesma não ocorreu.

Reitera o pedido de procedência do lançamento.

Mesmo não ocorrendo a juntada de documentos, em 18/03/11, é dada à Autuada, através de seu procurador, vista aos autos pelo prazo de 5 (cinco) dias, a qual não se manifesta, conforme fls. 3.361/3.363 do PTA.

Em 13/04/11, a Autuada constitui novo procurador nos autos, conforme documentação protocolada na repartição fazendária (fls. 3.365/3.366).

Decisão da 3ª Câmara de Julgamento

Em sessão realizada no dia 16/06/11, a 3ª Câmara de Julgamento deste CC/MG decide, em preliminar, deferir a juntada de documento protocolado em 13/04/11, constante às fls. 3.381/3.382, e abrir vista ao Contribuinte pelo prazo de 05 (cinco) dias.

Intimada da decisão, a Impugnante adita sua peça de defesa, às fls. 3.389/3.393, repisando os argumentos trazidos na defesa inicial a respeito da impertinência da intimação feita por edital, protestando pela sua nulidade e pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realização da prova pericial solicitada, ou a concessão de prazo de pelo menos 30 (trinta) dias para que possa realizar uma “perícia autônoma”.

Ao final, clama que o presente feito seja julgado improcedente.

O Fisco se manifesta às fls. 3.395/3.396 sob o argumento de que a defesa não apresentou no aditamento quaisquer fatos novos, mas se limitou a repetir assuntos já tratados na Manifestação Fiscal.

Reitera o pedido de procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, às fls. 3.398/3.399, entende que não foram trazidas informações novas ao PTA e mantém seu Parecer anterior.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria deste Conselho, em Parecer de mérito de fls. 3.367/3.377, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no Parecer da Assessoria do CC/MG foram, em parte, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Das Preliminares

I - Da Arguição de Nulidade da Intimação feita através de publicação no Órgão Oficial:

Acerca do entendimento da Impugnante de que a intimação via edital seja “fabricada e nula”, observa-se que foram cumpridas as exigências da legislação nos termos do RPTA/MG (Decreto nº 44.747, de 03/03/08).

No que se refere à intimação do Auto de Início da Ação Fiscal (AIAF 10.090002477.70), o Fisco encontrou oposição quando da entrega pessoal, conforme fls. 02/03 e 09/10 dos autos.

Assim, antes da intimação por edital, o Fisco procedeu à intimação por meio do Correio, conforme fls. 04/07, mas, diante de mais uma oposição em receber a notificação (recusa às fls. 07), o Fisco procede à intimação do AIAF por edital, conforme fls. 08 dos autos.

Quanto à notificação do Auto de Infração, a legislação prevê a intimação por meio de publicação no Diário Oficial, nos termos do art. 10 do RPTA, *in verbis*:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

§ 1º Quando o destinatário se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível ou ausente do território do Estado, ou quando não for possível a intimação por via postal, inclusive na hipótese de devolução pelo correio, a intimação será realizada mediante publicação no órgão oficial.

Mais uma vez o Fisco não tem sucesso em notificar a Autuada, ocorrendo a devolução, desta vez, do Auto de Infração, pelo Correio (fls. 626/628).

Assim, o Fisco procede à notificação da lavratura do Auto de Infração por meio de publicação no Diário Oficial em 29/12/09, conforme fl. 629 dos autos.

II - Da Arguição de Insubstância Grave (Vício Insanável) na Apuração:

A Autuada alega que o lançamento fora realizado com base em presunção, que os prazos para cumprir as intimações eram exíguos, que a publicação do AIAF em 24/12/09 exigiu documentos, mas sem fixar prazo e que isso inviabilizou qualquer direito de defesa, que o Fisco apreendeu e está retendo os livros contábeis, impossibilitando assim a sua defesa, que a acusação é grave e merece investigação com respeito ao direito de defesa, que a exigência do crédito tributário não corresponde à efetiva subsunção fenomênica do fato impunível e que o lançamento não atende aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Entretanto, depreende-se dos autos que o trabalho efetuado pela Fiscalização teve respaldo nos dispositivos legais aplicáveis, indicados nos PTA.

A publicação do Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF consta de fls. 08 dos autos.

Cabe ressaltar que a documentação solicitada no AIAF já se encontrava em poder da Fiscalização, sendo que o referido documento foi lavrado para formalizar e dar ciência à Autuada sobre o início da ação fiscal, conforme estabelecido no RPTA/MG:

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);

(...)

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.

A documentação assinalada no AIAF foi entregue pela própria Autuada em atendimento a diversas intimações anteriores (fls. 592/625) e foi exatamente esta documentação que subsidiou o trabalho fiscal, conforme se depreende da análise dos autos.

As cópias dos livros, Diário e Razão compõem o PTA, conforme fls. 199/499.

Saliente-se que o Fisco, ao verificar detalhadamente a escrita contábil da Autuada, não identifica qualquer registro nos livros Diário e Razão que corresponda aos ingressos de recursos constantes nos extratos bancários das contas correntes na Caixa Econômica Federal e no Banco Real entre os meses de janeiro a novembro de 2004.

Ressalte-se que a Autuada teve a oportunidade de afastar a presunção legal, tanto no momento da elaboração do feito fiscal quanto no momento da Impugnação, mas, entretanto, não o faz.

Do Pedido de Perícia

A Impugnante requer a produção de prova pericial e formula quesitos, como forma de comprovação de suas alegações, por entender que a medida se faz necessária à elucidação de eventuais obscuridades do trabalho fiscal.

No caso em tela, o pleito formulado mostra-se totalmente desnecessário, porquanto os autos trazem elementos suficientes de modo a possibilitar ao julgador aplicar ao caso concreto o tratamento legal atinente à matéria e assim decidir quanto ao mérito das exigências fiscais, conforme se demonstrará adiante.

Com efeito, o pedido requerido não se revela pertinente para o desate da demanda, eis que a prova pericial é supérflua por outras provas produzidas nos autos sob exame capazes de dirimir as dúvidas existentes, sem causar nenhum tipo de prejuízo à Defesa.

Além do mais, o que a Impugnante pretende ver provado confunde-se com o próprio mérito do lançamento, ou seja, se os ingressos nas contas bancárias da Autuada e não lançados na contabilidade são provenientes de sua atividade empresarial.

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.

Cite-se, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão da prova pericial:

"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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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).

O Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº 44.747 de 03/03/08 (RPTA), ao tratar sobre o pedido de prova pericial, estabelece no seu art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, *in verbis*:

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;
- b) de realização impraticável;
- c) considerado meramente protelatório.

Deste modo, é desnecessária a produção de prova pericial, que por se tratar de prova especial, só deve ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento, o que não é o caso dos autos.

Por outro, há de ser ponderado que a denominada presunção *juris tantum* permite a utilização de prova em contrário para ilidi-la. Assim, poderia a Defendente ilidir a acusação fiscal através de anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, de que os valores depositados nas contas correntes bancárias se referiam a vendas de mercadorias regularmente realizadas e declaradas ao Fisco ou oriundos de outras receitas da empresa, não tributáveis pelo ICMS, mas tal prova não foi produzida.

Por estas razões, indefere-se o pedido de perícia formulado.

No aditamento à Impugnação apresentado às fls. 3.389/3.393, o Procurador da Autuada pondera que caso a perícia não seja deferida pela Câmara de Julgamento, que seja concedido o prazo de 30 (trinta) dias para realizar “perícia autônoma”.

Com o devido respeito, o pleito da Impugnante tem caráter meramente protelatório, haja vista que teve inúmeras oportunidades para comprovar a origem dos recursos ingressados nas 02 (duas) contas bancárias e não o fez.

Importante, inclusive, observar que da ciência da abertura de vista determinada pela Câmara de Julgamento em 30/06/11, fls. 3.386/3.387, até a Sessão de Julgamento ocorrida nesta data, 13/09/11, a Impugnante dispôs de 75 (setenta e cinco dias) dias para realizar o tal levantamento pretendido. O que pelo visto não aconteceu.

Assim, indefere-se a dilação de prazo solicitada.

Do Mérito

Decorre o presente lançamento de imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro a novembro de 2004, com fulcro na presunção legal prevista no § 3º do art. 194 da Parte Geral do RICMS/02, face à falta de comprovação dos ingressos de recursos em contas bancárias em nome da Autuada não contabilizados na conta “Caixa” ou equivalente e descumprimento de obrigação acessória referente à falta de entrega e entrega em desacordo com a legislação de arquivos eletrônicos.

Pelas irregularidades, exigiu-se o ICMS, a multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” e art. 54, inciso XXXIV, todos da Lei nº 6.763/75.

Numa primeira vertente, a Impugnante argui a decadência do crédito tributário relativo ao período de 1º de janeiro a 28 de dezembro de 2004, baseando-se na regra contida no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele 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, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.**

No caso dos autos, a irregularidade de falta de comprovação da origem dos recursos identificados nas contas bancárias em nome da Autuada tem como elemento subjetivo dessa conduta o **dolo** caracterizado pela omissão de receita no sentido de suprimir ou reduzir tributo.

Esse ilícito é tratado na Lei nº 8.137/90 como crime contra ordem tributária, no art. 1º, que diz “Constitui crime contra a ordem tributária, suprimir ou reduzir tributo, mediante omissão de informação”.

Assim, para o caso presente não cabe apreciar a perda do direito de a Fazenda Pública promover o lançamento do crédito tributário com base no art. 150, § 4º do CTN, como quer a Impugnante.

Por outro, constitui regra geral, no entanto, 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.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

“DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...).”
TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório de comunicação não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, inciso I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

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

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em decisão recente (19/10/10), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, inciso I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO 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.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR MINISTRO RELATOR)."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

OS SRS. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.

BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010(DATA DO JULGAMENTO)

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2005 somente expirou em 31/12/10, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da constituição do crédito tributário em 28/04/10.

Quanto ao mérito propriamente dito, foi constatado o ingresso de recursos em contas correntes bancárias de titularidade do Sujeito Passivo (Pessoa Jurídica), movimentadas no Banco Real S/A – Agência 1272, conta corrente 1.000093-4, e na Caixa Econômica Federal, Agência 0085, conta corrente 00800356-2, mantidas à margem da escrituração contábil.

Os valores objeto da presente autuação, apurados mensalmente, estão discriminados nas planilhas dos Anexos III e IV de fls. 500/531, cujos dados foram extraídos dos extratos bancários acostados às fls. 25/197, e se referem a recursos creditados nas contas correntes bancárias mencionadas acima.

A Autuada alega que os valores encontrados em suas contas correntes não decorrem de vendas desacobertadas, que os extratos anexados à defesa, corroborados pelos contratos firmados com as administradoras de cartão de crédito, comprovam que os depósitos foram feitos pelas prestadoras de serviço, não configurando receita sem origem nem venda sem nota fiscal, que registrava todas as vendas como se à vista e em dinheiro fossem, a débito de caixa e a crédito de vendas a vista, que os valores movimentados nas respectivas contas correntes foram integralmente contabilizados, que faz a juntada das Reduções Z dos meses de maio, agosto, novembro e dezembro de 2004 para provar que o total das vendas desses documentos é idêntico aos valores contabilizados, que não adotou a melhor prática contábil, mas que não trouxe qualquer tipo de prejuízo ao erário e que não conseguiu em tempo hábil identificar a origem de todos os recebimentos das operadoras feitos em 2004, já que nem todas as operadoras de cartões e vales enviaram os extratos de pagamentos.

Entretanto, observa-se que a despeito de parte dos depósitos constantes das contas bancárias, objeto da apuração feita no PTA, referir-se a pagamentos das administradoras de cartão de crédito à Autuada, correspondentes a vendas a prazo e à vista com cartão de crédito ou débito, essa vinculação não prova que as referidas vendas foram acobertadas com documentos fiscais.

O simples fato de registrar todas as vendas como à vista e em dinheiro já implica em inconformidade, pois, informa-se ter a posse de um determinado recurso, que ainda não se tem.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, os valores lançados a crédito nas contas bancárias (Banco Real, agência 1272, conta corrente 1.000093-4 e Caixa Econômica Federal, agência 0085, conta corrente 00800356-2) não foram lançados a débito nas subcontas da conta Banco Conta Movimento, nos livros contábeis Diário e Razão.

As cópias dos livros contábeis Diário e Razão constam das fls. 199/499 dos autos. No relatório de plano de contas às fls. 244 dos autos, consta como subcontas da conta Banco Conta Movimento, dentre outros bancos, a conta Banco Real S/A, identificada pelo código 00017 e a conta Caixa Econômica Federal, identificada pelo código 00019.

Já no relatório de plano de contas às fls. 387 dos autos, constam as contas “Banco Real S/A”, identificada pelo código 00017, “Caixa Econômica Federal”, identificada pelo código 00019 e nº 800356-2, “Caixa Econômica Federal”, identificada pelo código 00152 e nº 00300502701-4, “Banco Real” identificada pelo código 00481 e nº 002666 – Sta Clara, e a conta Banco C.E.F. Rest. Santa Clara identificada pelo código 00486.

As contas contábeis “Caixa” e “Vendas a Vista” estão identificadas pelos códigos 00006 e 02113, respectivamente.

Portanto, os depósitos/transferências bancários (créditos) na conta corrente 00800356-2, Caixa Econômica Federal, devem ser registrados contabilmente na conta 00019 (débitos).

Quanto aos depósitos/transferências bancários (créditos) efetuados na conta corrente 1.000093-4, Banco Real S/A, também devem repercutir na escrita contábil da Autuada.

A título de exemplo, conforme fls. 27 dos autos, ao examinarem-se os valores depositados na conta bancária nº 1.000093-4, Banco Real S/A, em 02/01/04, constata-se não existir qualquer lançamento a débito em conta contábil do Banco Real, como subconta da conta Banco Conta Movimento, no livro contábil Diário, conforme dados (códigos da conta debitada e da creditada, valor do lançamento, histórico) às fls. 201 do PTA.

A Autuada informa que registrava todas as vendas como se fossem à vista e em dinheiro, a débito de caixa e a crédito de vendas a vista.

Utilizando-se do exemplo acima, verifica-se que a soma dos valores depositados na conta bancária nº 1.000093-4, Banco Real, em 02/01/04 (fls. 27), é R\$ 2.299,23 (2.137,44 + 67,66 + 94,13).

Ao examinar as cópias dos livros contábeis (fls. 201 e 251), percebe-se que em 02/01/04 há lançamento de R\$ 3.622,93 a débito da conta Caixa (código 00006) e a crédito da conta Vendas a Vista (código 02113).

Entretanto, o débito na conta contábil Caixa, no valor de R\$ 3.622,93, não comprova que nela, fora lançado o valor depositado na conta bancária (R\$ 2.299,23), não desconstituindo, portanto, a alegação do Fisco de que os recursos bancários estão à margem da escrituração contábil.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ainda a título de exemplo, ao confrontarem-se os dados de fls. 54 e 135 do PTA (extratos bancários do Banco Real e da CEF, respectivamente, com as movimentações de entrada e saída de recursos do dia 01 ao dia 02 de junho de 2004) com os das fls. 220 e 221 (movimentações registradas no Livro Diário do dia 30 de maio ao dia 02 de junho, de 2004), constata-se que os valores registrados no extrato bancário não foram lançados no livro Diário.

Da mesma forma, ao confrontarem-se os dados de fls. 81 e 179 do PTA (extratos bancários do dia 18 de outubro de 2004), com os constantes das fls. 341 do PTA, constata-se, novamente, a inexistência dos lançamentos contábeis no Diário.

O Código de Processo Civil - CPC, instituído pela Lei nº 5.879/73, assim determina:

Art. 378. Os livros comerciais provam contra o seu autor. É lícito ao comerciante, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.

Assim, o art. 378 do CPC, acima transcrito, aplica-se perfeitamente ao presente caso, já que os livros – Razão e Diário – provam o caráter extra contábil dos ingressos de recursos.

Eventual prova em contrário, não pode ser baseada em simples argumentações e alegações de erros durante os registros dos lançamentos contábeis.

Quanto aos lançamentos das leituras “Z”, o Fisco não os questiona, visto que o vínculo exigido por este centra-se nas movimentações das contas bancárias não registradas na escrita contábil.

Portanto, os depósitos realizados nas contas bancárias mostram-se à margem da escrituração contábil, e, conforme já exposto, os pagamentos das administradoras de cartão de crédito à Autuada, correspondendo a vendas a prazo e à vista com cartão de crédito ou débito não comprovam que as referidas vendas foram acobertadas com documentos fiscais.

Ressalte-se que, além disso, parte dos valores constantes dos extratos dos pagamentos das administradoras de cartão de crédito à Autuada não contem a indicação da conta bancária (fls.711/817).

Ademais, pode-se observar que o ingresso de recursos nas contas bancárias, não registrado nos livros contábeis, é superior aos os pagamentos das administradoras de cartão de crédito à Autuada.

De forma exemplificativa, tomando-se por base as entradas de valores nas contas bancárias e os extratos dos pagamentos das operadoras de cartão de créditos feitos à Autuada, verifica-se que há diferenças em todas as situações, conforme abaixo:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INGRESSO DE RECURSOS NAS CONTAS BANCÁRIAS					EXTRATOS APRESENTADOS PELA AUTUADA			
DATA	BCO/CONTA	ORIGEM	VALOR (R\$)	fls.	DATA	VALOR (R\$)	OPERADORA	fls.
20/1/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto fornec	1.064,85	29	20/1/04	2.093,08	VISANET	713
20/1/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	73,64	29				
20/1/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	1.028,23	29				
20/1/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	-	-	-				
SOMA			2.166,72			2.093,08		
20/2/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto fornec	1.594,76	33	20/2/04	2.224,97	VISANET	720
20/2/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	36,17	33				
20/2/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	630,21	33				
20/2/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	-	-	-				
SOMA			2.261,14			2.224,97		
16/3/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto fornec	1.186,36	38	16/3/04	2.849,93	VISANET	727
16/3/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	64,29	38				
16/3/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	1.663,57	38				
16/3/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR MASTER	802,17	110	16/3/04	802,17	-	833
16/3/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR R SHOP	744,24	110	16/3/04	744,24	-	837
16/3/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CRED TED	9.805,77	110				
SOMA			14.266,40			4.396,34		
13/4/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto fornec	1.216,92	45	13/4/04	2.579,20	VISANET	735
13/4/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	337,51	45				
13/4/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	1.362,28	45				
13/4/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR MASTER	1.140,37	117	13/4/04	1.140,37	-	836
13/4/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR R SHOP	94,64	117	13/4/04	94,64	-	871
13/4/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR R SHOP	459,72	117	13/4/04	459,72	-	839
13/4/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CRED TED	11.242,94	117				
SOMA			15.854,38			4.273,93		
27/4/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto fornec	1.144,91	47	27/4/04	2.623,47	VISANET	739
27/4/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	244,30	47				
27/4/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	1.478,56	47				
27/4/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR MASTER	220,40	122	27/4/04	220,40	-	869
27/4/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR MASTER	1.776,58	122	27/4/04	1.776,58	-	836
27/4/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR R SHOP	164,49	122	27/4/04	164,49	-	871
27/4/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR R SHOP	784,99	122	27/4/04	784,99	-	839
27/4/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CRED TED	10.685,11	122				
SOMA			16.499,34			5.569,93		
6/7/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto fornec	1.884,46	60	6/7/04	709,60	VISANET	760
6/7/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	424,91	60	6/7/04	2.882,96	VISANET	761
6/7/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	1.708,10	60				
6/7/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR MASTER	2.149,55	146	6/7/04	2.149,55	-	845
6/7/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR MASTER	115,41	146	6/7/04	115,41	-	879
6/7/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR R SHOP	520,96	146	6/7/04	520,96	-	881
6/7/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR R SHOP	885,17	146	6/7/04	884,17	-	848
6/7/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CRED TED	15.554,65	147				
SOMA			23.243,21			7.262,65		
9/11/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto fornec	2.176,71	86	9/11/04	4.383,57	VISANET	800
9/11/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	444,57	87				
9/11/04	Banco Real (Ag. 1272 C/C: 1.000093-4)	pgto visanet	2.206,86	87				
9/11/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR MASTER	90,73	184	9/11/04	90,73	-	894
9/11/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR MASTER	1.846,90	184	9/11/04	1.846,90	-	857
9/11/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR R SHOP	69,38	184	9/11/04	69,38	-	896
9/11/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CR R SHOP	1.019,95	184	9/11/04	1.019,95	-	860
9/11/04	CEF (Ag. 0085 C/C: 00800356-2)	CRED TED	15.144,38	184				
SOMA			22.999,48			7.410,53		

A alíquota aplicada é a alíquota média do mês de novembro de 2004, conforme fls. 541/551 do PTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que se refere à autuação por falta de entrega ou entrega em desacordo com a legislação tributária dos arquivos eletrônicos Sintegra, conforme fls. 580/589 dos autos, a própria Autuada demonstra que, no ano de 2004, já possuía equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), dada a presença dos registros tipo “60” em seus arquivos eletrônicos transmitidos, sendo assim obrigatória a transmissão desses arquivos, nos termos no art. 10, § 7º do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10. Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se também ao contribuinte que utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) com possibilidade de gerar arquivo eletrônico, por si ou quando conectado a outro computador.

Ressalte-se que, a despeito das intimações (fls. 576/577) e, posteriormente, da lavratura do presente auto de infração, não consta até o presente momento, que a Autuada tenha enviado novos arquivos eletrônicos sem as inconformidades anteriormente verificadas, conforme Consulta Catálogo de Arquivos Eletrônicos Sintegra.

Os registros tipo “60”, dentre eles o “60D” (Resumo Diário) são obrigatório, de acordo com o item 16 da Parte 2 do “Manual de Orientação do Usuário de Sistema de Processamento Eletrônico de Dados” do Anexo VII do RICMS/02.

Ressalte-se, ainda, que a primeira intimação é de 17/07/09 (fls. 576), período bem anterior à lavratura do auto de infração.

No que se refere à alegação da Autuada de que não havendo saída desacobertada, não há imposto, multa de revalidação e multa isolada a serem recolhidos (fls. 679), e de que, relativamente aos arquivos eletrônicos, o lançamento é nulo visto que não há tipificação para a penalidade isolada descrita nos autos, ressalte-se que, no entanto, as penalidades aplicadas estão expressamente previstas na Lei nº 6.763/75.

Relativamente às penalidades pela falta de entrega ou pela entrega em desacordo dos arquivos eletrônico, o Fisco, inicialmente capitula como penalidade isolada, o art. 53, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75, quando a capitulação correta está no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75.

Entretanto, conforme fls. 3.293/3.296 dos autos, através de Termo de Rerratificação, o Fisco corrige a capitulação e dá a Autuada a oportunidade de se manifestar.

Cabe ressaltar ainda, que desde o início, o conjunto de documentos presentes no PTA, já gera uma inteligibilidade de que a multa isolada realmente aplicada é a do art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75, conforme fls. 11, 18 e 19 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que às fls. 18, o Fisco descreve a conduta que a norma tributária pretende coibir, e a respectiva sanção: (por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais - 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração).

Saliente-se que, no capítulo XIV da Lei nº 6.763/75 (Das penalidades), à exceção do inciso XXXIV do art. 54, não há outro dispositivo com essa redação.

Nos procedimentos administrativos, diante de cada caso concreto, dado o princípio da verdade material, a verdade dos fatos é que deve prevalecer.

Ademais, tendo o Fisco demonstrado a infração e a respectiva penalidade, entende-se que, lavrar outro Auto de Infração para só então formalizar essa exigência, poderia, de certa forma, implicar em negligência aos princípios, dentre outros, da eficiência e da celeridade.

Ressalte-se ainda que, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais está adstrito, dentre outras normas, a do art. 110 do RPTA, nos seguintes termos:

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Da Aplicação do Permissivo Legal:

Quanto à aplicação do permissivo legal, relativamente à multa isolada por mercadoria descoberta de documento fiscal, a falta de pagamento do imposto e a reincidência obstam a sua aplicação, nos termos do art. 53, § 3º e § 5º, itens 1 e 3 da Lei nº 6.763/75:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

1) de reincidência;

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, consta do sistema SICAF que a Impugnante já fora autuada com base no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, por meio do PTA nº 04.000220793-03, conforme atesta a consulta efetuada pelo setor de saneamento deste CC/MG às fls. 3.356/3.357 dos autos.

Assim, por se tratar de falta de pagamento do imposto e ser reincidente, é vedado o acionamento de tal permissivo, conforme previsto na norma acima para a infração capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Já, quanto à aplicação do permissivo legal, relativamente à multa isolada por falta de entrega/entrega em desacordo, dos arquivos eletrônicos, ressalte-se que, até o presente momento, não consta que a Autuada, após a lavratura do auto de infração, tenha enviado novos arquivos eletrônicos sem as inconformidades anteriormente verificadas, conforme Consulta Catálogo de Arquivos Eletrônicos Sintegra.

Verifica-se do acima exposto que restaram perfeitamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Também em preliminar, pelo voto de qualidade, em indeferir o pedido de concessão de prazo para elaboração de laudo pericial de fls. 3392. Vencidos os Conselheiros André Barros de Moura e Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), que o deferiam. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 13 de setembro de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**José Luiz Drumond
Relator**