

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.691/11/CE
PTA/AI: 01.000163917-71 Rito: Ordinário
Recurso de Revisão: 40.060128759-40
Recorrente: Albanise de Oliveira Dupim (Drogamig Ltda-EPP)
IE: 062477543.00-83
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Coobrigado: C & S Sistemas Ltda
IE: 062775431.00-57
Bematech S/A
IE: 062193052.00-33
Proc. S. Passivo: Andréa Cecília Sousa Parreiras/Outro (s)
Origem: DF/ BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO – NÃO CONHECIMENTO — DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA- AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS –. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do RPTA/MG, portanto não se configuram os pressupostos de admissibilidade para o recurso. Recurso de Revisão não conhecido. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

- utilização de Programa Aplicativo Fiscal (PAF) fornecido pela empresa C & S Sistemas Ltda (que tem por sucessora atual a empresa Bematech S.A) para uso em Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em desacordo com a legislação tributária;

- entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de 01/06/06 a 31/12/08, em decorrência da utilização de programa aplicativo fiscal (PAF), para uso em ECF, em desacordo com a legislação tributária, conforme descrito no item anterior, cujas operações estão sujeitas a tributação normal do ICMS, além de operações sujeitas à tributação a título de substituição tributária;

A Fiscalização esclarece que as Coobrigadas encontram-se arroladas no polo passivo da obrigação por força do disposto no art. 21, XIII e art. 21-A, inciso I e art. 207, § 1º, todos da Lei nº 6.763/75.

Esclarece, também, que neste Auto de Infração elas não respondem pelo ilícito apenado com a Multa Isolada prevista no inciso XXVII do art. 54 da Lei nº 6.763/75, tendo em vista que respondem por tal penalidade no PTA nº 01.000164056-31.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 19.846/10/3ª, à unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, para adequar a multa isolada por entradas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, sujeitas à tributação normal do imposto, ao percentual de 15 % (quinze por cento), nos termos do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão (fls. 505/514), por intermédio de seu procurador regularmente constituído.

Sustenta que a 3ª Câmara de Julgamento recusou-se a discutir o 'mérito propriamente dito', especialmente quanto à apuração da culpabilidade da Autuada e da extensão dos efeitos de utilização do aplicativo irregular, sob o simplório entendimento de que, se a fornecedora (Coobrigada) reconheceu o desenvolvimento e fornecimento do aplicativo fiscal irregular, seria incabível a discussão neste foro quanto ao mérito da acusação fiscal.

Salienta que negou o uso indevido do aplicativo fiscal e apresentou várias falhas na simulação do uso de tal aplicativo, praticada pelo Fisco, para a constatação da suposta irregularidade apontada.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão nº 19.822/10/1ª (cópia às fls. 518/533).

Requer seja conhecido e provido seu Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 536/541, opina, em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão interposto. Entretanto, se ao mérito chegar o exame do presente recurso, opina pelo seu não provimento, nos termos da decisão recorrida.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão.

Da Preliminar

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre-nos verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Após análise dos autos e inteiro teor do acórdão indicado como divergente, constatamos não assistir razão à Recorrente, eis que a decisão mencionada não se amolda ao contencioso presente neste PTA.

Sustenta a Recorrente que na decisão paradigma, mesmo tendo havido a renúncia ao direito de defesa por parte da Autuada (Pedido de Parcelamento), a Câmara de Julgamento não se eximiu de analisar as razões da Coobrigada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De modo diverso nestes autos, deixou a Câmara de Julgamento de lhe assegurar o princípio da ampla defesa, ao admitir como verdadeira a confissão da Coobrigada, que firmou pedido de parcelamento do crédito tributário lançado no PTA 01.000164056-31, que se refere ao fornecimento do aplicativo não autorizado pelo Fisco para a ora Recorrente.

A discussão trazida pela Recorrente diz respeito à utilização de Programa Aplicativo Fiscal (PAF) fornecido pela empresa C & S Sistemas Ltda (que tem por sucessora atual a empresa Bematech S.A) para uso em Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em desacordo com a legislação tributária.

Ao fundamentar a decisão a Egrégia 3ª Câmara de Julgamento assim se posicionou:

DO PEDIDO DE PERÍCIA

A AUTUADA ALBANISE DE OLIVEIRA DUPIN FAZ PEDIDO DE PROVA PERICIAL, FORMULANDO OS QUESITOS DISPOSTOS ÀS FLS. 396/397 DOS AUTOS.

CUMPRE RESSALTAR QUE AS ORA COBRIGADAS C & S SISTEMAS LTDA E BEMATECH S.A., SUJEITOS PASSIVOS RELACIONADOS TAMBÉM NO PTA Nº 01.000164056-31, QUE TRATAVA DA ACUSAÇÃO FISCAL DE DESENVOLVIMENTO E FORNECIMENTO DE PROGRAMAS APLICATIVOS FISCAIS PARA USO EM ECF EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA OU QUE NÃO ATENDIAM AOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO (DENTRE ESSES PROGRAMAS O APLICATIVO "PHARMACY", OBJETO DO LANÇAMENTO ORA SOB ANÁLISE), RECONHECERAM A INFRAÇÃO COMETIDA, PROMOVENDO A QUITAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO RESPECTIVO.

DESTA FORMA, CONSIDERANDO-SE O TEOR DOS QUESITOS FORMULADOS E O RECONHECIMENTO SUPRA, TORNA-SE INÓCUO O PEDIDO DE PROVA PERICIAL TENDO EM VISTA QUE A PRÓPRIA EMPRESA DESENVOLVEDORA E FORNECEDORA DO PROGRAMA APLICATIVO JÁ RECONHECEU SUA INADEQUAÇÃO EM RELAÇÃO AOS PRESSUPOSTOS DEFINIDOS NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA REFERENTES À UTILIZAÇÃO DO ECF (EMISSOR DE CUPOM FISCAL).

...

COM EFEITO, O PTA Nº 01.000164056-31 FOI LAVRADO TENDO COMO SUJEITO PASSIVO A EMPRESA BEMATECH S.A. E COMO COBRIGADA A EMPRESA C & S SISTEMAS LTDA.

A ACUSAÇÃO FISCAL DESSE PROCESSO VERSA SOBRE DESENVOLVIMENTO E FORNECIMENTO DE PROGRAMAS DE PROCESSAMENTO DE DADOS NÃO CADASTRADOS NA SEF/MG E/OU QUE PERMITEM A CONTRIBUINTE DO IMPOSTO POSSUIR INFORMAÇÃO CONTÁBIL DIVERSA DAS QUE SE ENCONTRAVAM LEGALMENTE OBRIGADOS A PRESTAR ÀS FAZENDAS PÚBLICAS.

DENTRE OS PROGRAMAS FORNECIDOS PELA EMPRESA DESENVOLVEDORA ENCONTRA-SE O PROGRAMA UTILIZADO PELA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AUTUADA ALBANISE DE OLIVEIRA DUPIN E QUE SERVIU DE BASE PARA O LANÇAMENTO ORA SOB ANÁLISE, *IN CASU*, O PROGRAMA APLICATIVO "PHARMACY".

A AUTUAÇÃO IMPINGIDA À EMPRESA DESENVOLVEDORA E FORNECEDORA DO PROGRAMA FOI APRECIADA PELO CC/MG E O LANÇAMENTO FOI JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE, PELO VOTO DE QUALIDADE.

REGISTRA-SE QUE A FISCALIZAÇÃO JÁ TERIA FEITO ALGUMAS EXCLUSÕES NO LANÇAMENTO E A CÂMARA DE JULGAMENTO, POR SUA VEZ, ENTENDEU QUE JÁ TERIA DECAÍDO O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA EFETUAR O LANÇAMENTO RELATIVAMENTE AO EXERCÍCIO DE 2004, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 173 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN).

NESTE SENTIDO, QUANTO AO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO DO LANÇAMENTO, OU SEJA, O DESENVOLVIMENTO E FORNECIMENTO DE PROGRAMA APLICATIVO NÃO CADASTRADO NA SEF/MG E/OU QUE PERMITE A CONTRIBUINTE DO IMPOSTO POSSUIR INFORMAÇÃO CONTÁBIL DIVERSA DAS QUE SE ENCONTRAVAM LEGALMENTE OBRIGADO A PRESTAR ÀS FAZENDAS PÚBLICAS, A 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG APROVOU O LANÇAMENTO (ACÓRDÃO Nº 19.698/10/3ª).

IMPORTANTE OBSERVAR QUE OS SUJEITOS PASSIVOS (COBRIGADOS NESTE AI) RECONHECERAM A INFRAÇÃO, PROMOVEDO A QUITAÇÃO TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO RESPECTIVO EM 26/08/10, CONFORME INFORMAÇÃO DO SISTEMA ESPECÍFICO DE PARCELAMENTO DA SEF/MG.

CONSIDERANDO-SE QUE NESTE AUTO DE INFRAÇÃO SE IMPUTA À AUTUADA A UTILIZAÇÃO DAQUELE PROGRAMA APLICATIVO FISCAL EM QUE A FORNECEDORA RECONHECEU SUA ILICITUDE, PERCEBE-SE, PORTANTO, QUE AS COBRIGADAS RESPONDEM SOLIDARIAMENTE COM A AUTUADA PELA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECORRENTE DO USO DE APLICATIVO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO (ENTRADAS E SAÍDAS DESACOBERTADAS), NOS EXATOS TERMOS DOS DISPOSITIVOS ACIMA TRANSCRITOS.

(...)

DA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMA APLICATIVO FISCAL (PAF) EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO

CONSIDERANDO-SE QUE NESTE AUTO DE INFRAÇÃO SE IMPUTA À AUTUADA A UTILIZAÇÃO DAQUELE PROGRAMA APLICATIVO FISCAL EM QUE A FORNECEDORA RECONHECEU SUA ILICITUDE, PERCEBE-SE NÃO CABER DISCUSSÃO NESTE FORO QUANTO AO MÉRITO DESTA ACUSAÇÃO FISCAL (UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE PROGRAMA).

RESSALTA-SE QUE O RESTANTE DA ACUSAÇÃO FISCAL, QUE CUIDA DE ENTRADA E SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS, NADA MAIS É DO QUE O REFLEXO DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO APLICATIVO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PORTANTO, PARTINDO DESTE RECONHECIMENTO DO DESENVOLVIMENTO E FORNECIMENTO DE APLICATIVO FISCAL IRREGULAR, NO CASO O “PHARMACY”, CORRETA A APLICAÇÃO, APENAS PARA A AUTUADA “ALBANISE”, DA PENALIDADE CONSTANTE DO INCISO XXVII DO ART. 54 DA LEI Nº 6.763/75, NESTE LANÇAMENTO, POR UTILIZAR PROGRAMA APLICATIVO FISCAL PARA USO EM ECF EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA OU QUE NÃO ATENDA AOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO.

DESTA FORMA, PASSA-SE A ANALISAR AS INFRAÇÕES ADVINDAS DO USO DO APLICATIVO IRREGULAR (ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS).

Como visto, a questão levantada pela Recorrente diz respeito à não apreciação da culpabilidade e da extensão dos efeitos do uso do aplicativo irregular.

No tocante aos efeitos do uso do aplicativo, a matéria equivale ao mérito da acusação fiscal de entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, matéria essa analisada com esmero, compondo a fundamentação do acórdão (fls. 495/503) dos autos.

Em relação ao uso de aplicativo irregular, adotou a Câmara de Julgamento as conclusões do Acórdão nº 19.698/10/3ª (PTA 01.000164056-31). Naquela decisão, quanto à caracterização da irregularidade do aplicativo, destacou a Câmara:

“CONFORME ESCLARECEU A FISCALIZAÇÃO, O CRITÉRIO PARA IDENTIFICAÇÃO DE PROGRAMAS DISTINTOS É O CÁLCULO DO “HASH” MD-5, PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. ISTO É, SE A SEQUÊNCIA DE 32 (TRINTA E DOIS) CARACTERES HEXADECIMAIS RESULTANTES DA VERIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DO ARQUIVO ELETRÔNICO FOR DISTINTA, A LEGISLAÇÃO CONSIDERA A EXISTÊNCIA DE PROGRAMAS DISTINTOS, SUJEITOS AO CADASTRAMENTO INDEPENDENTE, CONFORME PRECEITUAVA A PORTARIA Nº 018/05, EXEMPLIFICADO EM SEU ART. 76, ANTERIORMENTE REPRODUZIDO, COM GRIFOS NÃO PRESENTES NO ORIGINAL, QUE POSSUI DISPOSIÇÕES SEMELHANTES NA LEGISLAÇÃO ATUAL.”

Cabe destacar que a denominada culpabilidade não foi sequer aventada na peça de defesa da Autuada e ora Recorrente, uma vez que, após apontar a nulidade do lançamento pelo uso do TAD, a defesa apresenta o segundo título denominado de “CRITÉRIO DE AFERIÇÃO E PRESUNÇÃO É FALHO”.

Neste tópico, contudo, a discussão posta pela defesa se refere à conclusão de apuração das saídas desacobertas, mas não de uso do aplicativo, cuja irregularidade básica decorre do módulo “pré-atendimento”.

O que a ora Recorrente destacou por ocasião da Impugnação, é que o uso do módulo “pré-atendimento” não significa que as vendas foram efetivadas, uma vez que as operações poderiam não ter sido concluídas.

No Acórdão nº 19.822/10/1ª, após o pedido de parcelamento efetuado pela Autuada, sua Impugnação foi encerrada, permanecendo nos autos a defesa da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Coobrigada, levada à Câmara de Julgamento. E exatamente por isso, a Câmara de Julgamento analisou as razões de imputação de responsabilidade da então Impugnante, pois essa era a matéria sob julgamento, uma vez que a questão meritória havia sido reconhecida pela via do parcelamento.

No caso presente, a ora Recorrente não contestou o uso do aplicativo irregular, mas sim os efeitos deste uso, ou seja, a apuração de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, contestando o critério de simulação de vendas, para se chegar às exigências de obrigação principal.

Assim, não há divergência entre as decisões, sendo certo que cada uma julgou o lançamento de acordo com as questões postas pelas partes.

Diante disso, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no referido dispositivo legal.

Via de consequência, não se configuram os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Assistiu ao julgamento, a Dra. Patrícia Dantas Gaia. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros (Revisora), André Barros de Moura, Luciana Mundim de Mattos Paixão e Raimundo Francisco da Silva.

Sala das Sessões, 29 de abril de 2011.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

ACR/EJ