

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.762/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000173073-74
Impugnação: 40.010131856-83
Impugnante: Posto Peroba Ltda
IE: 847034590.01-55
Proc. S. Passivo: Janir Adir Moreira/Outro(s)
Coobrigado: Henrique Leite Faria Vilela
CPF: 012.297.146-93
Origem: DFT/Guaxupé/Sudoeste

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. Constatada a prática de atos com infração à lei, correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 124, inciso II do CTN c/c o art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL - VERIFICAÇÃO FISCAL ANALÍTICA – ÁLCOOL. Constatou-se, mediante verificação fiscal analítica, entrada de mercadoria desacobertada de documento fiscal. Irregularidade apurada por meio de procedimento idôneo, previsto no inciso I e V do art. 194 da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II c/c seu § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – ÁLCOOL. Constatado, mediante verificação fiscal analítica, saída de mercadorias do estabelecimento da Autuada desacobertadas de documentação fiscal. Exigência apenas da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, por se tratar de mercadoria cujo imposto foi retido por substituição tributária. Mantida a penalidade exigida. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, no período de setembro de 2007 a maio de 2009, de entradas e saídas de álcool desacobertados de documentação fiscal.

Exige-se, em relação às entradas desacobertadas, ICMS, Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) capitulada no art. 56, inciso II c/c seu § 2º, III da Lei nº 6.763/75 e, quanto às saídas, somente Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 por se tratar de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 89/125, contra a qual a Fiscalização se manifesta às fls. 136/145.

DECISÃO

Da Preliminar

Os dados utilizados para a apuração da irregularidade constatada, no lançamento em análise, originaram-se de arquivos digitais que foram copiados e autenticados, durante a busca e apreensão realizada no estabelecimento matriz da Impugnante, no computador do sócio da empresa que consta como Coobrigado.

Na copiagem dos arquivos, foram geradas as chaves MD5 e RIPEMD-160 com a finalidade de garantir a inalterabilidade dos mesmos, conforme fls. 20/21.

A Autuada argui a ilicitude das provas adquiridas pela Fiscalização devido a alegada necessidade de mandado judicial para realização da busca e apreensão, por meio da qual houve acesso às informações utilizadas no lançamento em análise.

Cabe ressaltar que, independentemente de ordem judicial, a ação fiscal procedida junto ao estabelecimento da Impugnante encontra respaldo no Código Tributário Nacional, art. 195, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

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

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

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

Nos termos do art. 44 da Lei nº 6.763/75, a autorização judicial para busca e apreensão de documentos, bens, objetos, etc., somente é necessária quando estes não estiverem em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional, o que não é o caso dos autos, pois os documentos extrafiscais foram regularmente apreendidos no estabelecimento comercial da empresa ora Impugnante.

Nesse sentido, vejam-se as disposições legais:

Art. 44 - Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

Parágrafo único - A busca e a apreensão de que trata o caput deste artigo também dependerá de autorização judicial quando o estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional for utilizado como moradia.

Assim, ao contrário do alegado pela Impugnante, a Fiscalização pode, nos termos da legislação estadual, à qual o julgamento do Conselho de Contribuintes está adstrito, apreender os documentos que embasaram a presente autuação, ainda que sem autorização judicial, pois são provas efetivas dos ilícitos fiscais narrados no Auto de Infração.

Corroborando esse entendimento a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Cível nº. 1.0024.07.461405-8/002):

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA.

APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE.

SOMENTE DEPENDEM DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL AS APREENSÕES DE DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADAS FORA DAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU QUANDO ESTE FOR UTILIZADO COMO MORADIA. A VERIFICAÇÃO DE LIVROS, DOCUMENTOS E ARQUIVOS FISCAIS DECORRE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO, QUE TEM O DEVER DE FISCALIZAR OS CONTRIBUINTES, IMPOR O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES FISCAIS, CONTROLAR O RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS, COMBATER A SONEGAÇÃO E, ASSIM, RESGUARDAR A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO, PORÉM NÃO PROVIDO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.07.461405-8/002(1) -
NUMERAÇÃO ÚNICA: 4614058-35.2007.8.13.0024)

Portanto, o dever da Administração de fiscalizar não se restringe aos livros e documentos oficiais, mas a todo material necessário, desde que o exame se limite ao objeto da investigação, pois o interesse público se sobrepõe ao interesse particular.

Não há que se falar, portanto, em ilicitude das provas, uma vez que a apreensão dos documentos, além de estar expressamente autorizada em lei, ocorreu de forma regular, com o cumprimento de todos os procedimentos previstos na legislação vigente.

Da Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender que seja necessária à elucidação de eventuais obscuridades do processo.

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.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

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 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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.

Desse modo, é desnecessária a produção de prova pericial porque constam dos autos elementos suficientemente claros para a compreensão, tanto das irregularidades, como da legislação aplicada.

Nesse sentido, indefere-se o pedido de perícia.

Do Mérito

A autuação em epígrafe, resultante de uma operação de busca e apreensão no estabelecimento matriz da Impugnante, em 01/07/09, trata-se de entradas e saídas de álcool desacobertados de documentação fiscal no período de setembro de 2007 a maio de 2009.

Exige-se, em relação às entradas desacobertadas, ICMS, Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) capitulada no art. 56, inciso II c/c seu § 2º, III da Lei nº 6.763/75 e, quanto às saídas, somente Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 por se tratar de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

O levantamento das diferenças relativas à entrada de combustível, para a apuração da base de cálculo do ICMS devido, foi mediante a comparação dos dados dos arquivos digitais com o livro de Movimentação de Combustíveis. Sobre essa diferença, aplicou-se o Preço Médio Ponderado Fiscal (PMPF), vigente na época, determinando-se a referida base de cálculo.

A verificação da quantidade de saídas desacobertadas de documentação fiscal foi apurada através da diferença entre a quantidade total mensal extraída dos arquivos copiados e a documentada nos cupons fiscais.

Para determinar a base de cálculo da multa isolada cobrada, a Fiscalização multiplicou a diferença encontrada, nos termos do parágrafo anterior, pelo preço médio de venda mensal, aferido através dos dados declarados pelo Contribuinte no registro "60D" de seus arquivos magnéticos (fls. 26/43). Aplicando, em seguida, a alíquota de 40% (quarenta por cento) para determinar o valor desta multa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As planilhas copiadas dos arquivos da Impugnante compõem o “Anexo III” (fls. 11/18) e o crédito tributário encontra-se demonstrado às fls. 10 dos autos.

Essa técnica de apuração está prevista na legislação, de acordo com o art. 194 do RICMS/02, no qual se destaca:

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;

(...)

V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal; (grifou-se)

Cabe ressaltar, conforme já mencionado, que a metodologia utilizada pela Fiscalização para extrair os documentos digitais da Impugnante garantem a sua integridade e autenticidade, não sendo passíveis de adulteração.

O álcool hidratado carburante está sujeito à substituição tributária, que é um instituto previsto na Constituição Federal no seu art.150, §7º, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Em regra geral, na substituição tributária, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao remetente ou alienante na condição de substituto tributário, conforme art. 22, §§18 e 19 da Lei nº 6.763/75, que se segue:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, ao receber mercadoria sem documento fiscal e, conseqüentemente, sem a devida retenção e recolhimento do imposto, a responsabilidade é atribuída ao estabelecimento destinatário, sendo a Impugnante no caso em questão.

A Fiscalização adotou, como parâmetro, o mesmo valor de cobrança do imposto, ou seja, quantidade de entradas multiplicada pelo valor do Preço Médio Ponderado Fiscal – (PMPF) de acordo com os Atos COTEPE.

A base de cálculo utilizada para a exigência do tributo devido está prevista na legislação, conforme disposto no § 19, item 2, alínea “c” do art. 13 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 13

(...)

§ 19 - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

2) em relação a operação ou prestação subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

(...)

c - a margem de valor agregado, nela incluída a parcela referente ao lucro e o montante do próprio imposto, relativa a operação ou prestação subseqüentes, que será estabelecida em regulamento, com base em preço usualmente praticado no mercado considerado, obtido por levantamento, ainda que por amostragem, ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidade representativa do respectivo setor, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

No caso dos autos, que cuida de operações com combustíveis, o valor da base de cálculo é aquele previsto e divulgado mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União, conforme previsto no Capítulo II, Cláusulas Sétima e Oitava do Convênio nº 110/07, *in verbis*:

CAPÍTULO II

DO CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO E DO MOMENTO DO PAGAMENTO

Cláusula sétima - A base de cálculo do imposto a ser retido é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.

Cláusula oitava - Na falta do preço a que se refere a cláusula sétima, a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o sujeito passivo por substituição tributária, ou, em caso de inexistência deste, pelo valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado divulgados mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União.

§ 1º Na hipótese em que o sujeito passivo por substituição tributária seja o importador, na falta do preço a que se refere a cláusula sétima, a base de cálculo será o montante formado pelo valor da mercadoria constante no documento de importação, que não poderá ser inferior ao valor que serviu de base de cálculo para o Imposto de Importação, acrescido dos valores correspondentes a tributos, inclusive o ICMS devido pela importação, contribuições, frete, seguro e outros encargos devidos pelo importador, adicionado, ainda, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado também previstos em Ato COTEPE.

§ 2º O Ato COTEPE que divulgar os percentuais de margem de valor agregado deverá considerar, dentre outras:

I - a identificação do produto sujeito à substituição tributária;

II - a condição do sujeito passivo por substituição tributária, se produtor nacional, importador ou distribuidor;

III - a indicação de que se trata de operação interna ou interestadual;

IV - se a operação é realizada sem os acréscimos das seguintes contribuições, incidentes sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível:

a) Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE -;

b) Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS -;

c) Contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP -;

d) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS -.

§ 3º Nas operações com gasolina automotiva resultante da adição de Metil Térci-Butil Éter - MTBE -, o Ato COTEPE contemplará esta situação na determinação dos percentuais de margem de valor agregado.

§ 4º O ICMS deverá ser incluído no preço estabelecido por autoridade competente para obtenção da base de cálculo a que se refere o caput.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, corretas as exigências de ICMS/ST e da respectiva Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II c/c o disposto no § 2º, inciso III, do mesmo dispositivo, da Lei nº 6.763/75, que assim dispõem:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Das saídas desacobertadas exigiu-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75:

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:

(...)

Houve constatação de reincidência que resultou na majoração de 100% (cem por cento) da Multa Isolada conforme art. 53 §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75, mas está sendo exigida em outro Auto de Infração complementar.

Os arquivos digitais apreendidos, reiterando, foram extraídos do computador do sócio administrador que foi incluído no polo passivo como Coobrigado conforme art. 21, XII da Lei nº 6.763/75, senão veja-se:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

Corretas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª 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. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Benedito Miranda. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ricardo Wagner Lucas Cardoso e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 09 de agosto de 2012.

André Barros de Moura
Presidente / Revisor

Fernando Luiz Saldanha
Relator

R