

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.241/16/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000306564-50
Impugnação: 40.010138789-48, 40.010139910-51 (Coob.), 40.010139909-77 (Coob.)
Impugnante: Armazém do Produtor Rural Ltda.
IE: 192090973.00-76
Nicodemos Ferreira de Souza (Coob.)
CPF: 493.176.876-87
Vera Lúcia Ferreira de Souza (Coob.)
CPF: 005.670.746-09
Proc. S. Passivo: Vinícius Mattos Felício/Outro(s)
Origem: DFT/Teófilo Otoni

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA – CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência dos sócios-administradores da Autuada, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL/SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada e os respectivos extratos do Simples Nacional – PGDAS, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal ou submetidas ao regime de substituição tributária, desacobertadas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal ou submetidas ao regime de substituição tributária, desacobertadas de documentos fiscais, promovidas pelo Sujeito Passivo no período de janeiro de 2010 a fevereiro de 2014, apuradas mediante o confronto de documentos extrafiscais, devidamente extraídos de arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento da Autuada, com os respectivos extratos do Simples Nacional – PGDAS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O trabalho teve como origem o recebimento de denúncia pela SEF/MG, a qual continha informações detalhadas de suposto esquema de sonegação fiscal colocado em prática pela empresa autuada.

Os sócios-administradores foram incluídos como Coobrigados, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Exigiu-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

O Auto de Infração foi instruído com os seguintes anexos:

- Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000012745.43 (fls. 02);
- Auto de Infração (fls. 04/10);
- Anexo I – Quadro Demonstrativo das Diferenças entre os Valores de Vendas Realizadas x Declaradas. (fls. 11/12);
- Anexo II – Demonstrativo do Cálculo do Percentual de Mercadorias Comercializadas com Tributação (fls. 13);
- Anexo III e IV – Quadro Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 14/15);
- Anexo V – Quadro Demonstrativo do Crédito Tributário Total (fls. 16);
- Relatório Técnico 002/2014 (fls. 18/32);
- Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais (fls. 33/36);
- Extrato do Simples Nacional – PGDAS (fls. 37/136);
- CD referente aos documentos/arquivos (fls. 137).

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 139/166 e acostam documentos de fls. 167/187 dos autos.

Requerem, ao final, a procedência da Impugnação.

A Fiscalização acata parcialmente a Impugnação apresentada, atendendo ao pedido dos Impugnantes (fls. 190/193), anteriormente indeferido, concedendo-lhes cópia dos arquivos gravados em mídia digital, pois aquela que havia sido entregue por ocasião da intimação, segundo os Impugnantes, não continha a gravação do banco de dados onde foi feita a análise fiscal e todos os esclarecimentos acerca do trabalho.

Assim, em 21/10/15, a Autuada recebeu um novo CD (fls. 195), contendo o documento solicitado, tendo sido reaberto o prazo de 30 dias para aditamento da Impugnação.

Devidamente cientificada (fls. 198/199), a Autuada e os Coobrigados retornam aos autos (fls. 202/240), tempestivamente, oportunidade em que ratificam todos os termos da Impugnação inicial.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 283/294, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 305/320, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas. No mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Inicialmente, os Impugnantes pedem a nulidade do Auto de Infração, alegando a obtenção ilícita das provas que corroboraram o lançamento do crédito tributário, pois a diligência operada pela Fiscalização se deu sem o amparo de mandado judicial de busca e apreensão e mediante procedimento que beirou verdadeira devassa fiscal.

Afirmam, também, ser clara a ofensa ao “princípio da presunção de inocência”, pois, sem acusação formal, houve a presunção de inidoneidade fiscal.

Sustentam que, embora seja outorgado pelo art. 195 do CTN o poder de polícia à Fiscalização, este não é absoluto.

Entendem ser este poder restrito ao exame de livros e documentos, não englobando sua apreensão.

Transcrevem verbete sumular do Supremo Tribunal Federal, ementa de decisão do STJ e o art. 44 da Lei nº 6.763/75, que reforçariam seu entendimento.

Contudo, não assiste razão aos Impugnantes.

Destarte, a fiscalização tributária é função que possui status constitucional, tendo, inclusive, precedência sobre os demais setores administrativos (art. 37, inciso XVIII da CF/88).

De acordo com o art. 194 do Código Tributário Nacional (CTN), a apreensão de documentos e objetos de interesse fiscal deve ser entendida como tema disciplinado pelas legislações locais, porque, segundo o citado *Codex*, cabe à legislação tributária de cada ente tributante a missão de regular "a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação".

Em relação ao tema, o art. 42, § 1º c/c o art. 50 da Lei nº 6.763/75 estabelece 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. Examine-se:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

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.

No mesmo sentido o RICMS/02, aprovado pelo Dec. 43.080/02, como se observa pelos artigos a seguir transcritos:

Art. 201. Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

(...)

Art. 202. A apreensão será efetuada mediante a lavratura de Auto de Apreensão e Depósito, assinado pelo apreensor, pelo detentor da mercadoria ou do bem apreendidos, ou pelo seu depositário, e, se possível, por 2 (duas) testemunhas.

(...)

Art. 204. 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, simultaneamente, como moradia.

Vale destacar, ainda, que a ação fiscal em análise encontra respaldo no CTN, que em seu art. 195, citado pelos Impugnantes, assim estabelece:

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 exibí-los.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Assim, de acordo com a legislação tributária, a busca e a apreensão deverão ser precedidas de autorização judicial somente nos casos em que os documentos apreendidos estejam em local diverso do estabelecimento do contribuinte ou quando o estabelecimento é usado, simultaneamente, como moradia.

Respalda o entendimento acima esposado, a conclusão do ilustre Paulo Roberto Decomain, *in verbis*:

A fiscalização fazendária tem acesso a todos os negócios do contribuinte, ou do responsável tributário, que possam de algum modo estar ligados a fatos geradores de obrigação tributária. Nenhuma disposição legal limitativa desse direito pode ser oposta ao Fisco. Deve ficar registrado, todavia, nesse particular, que, se os objetos ou papéis a serem examinados estiverem na residência do sujeito passivo ou do terceiro, somente poderão a eles ter acesso os agentes do Fisco com a concordância do próprio destinatário da fiscalização, ou mediante autorização judicial para que lhe seja quebrada a inviolabilidade do domicílio, que representa garantia constitucional. O mesmo não vale, porém, quando se trate de objetos e papéis existentes no estabelecimento do sujeito passivo, ou mesmo no escritório do seu contador. A estes o acesso pelos fiscais é sempre franqueado, independentemente de prévia autorização judicial. (in "Anotações ao Código Tributário Nacional", Ed. Saraiva, 2000, p. 757/758).

Corroborando, ainda, o posicionamento acima, a seguinte decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PORÉM NÃO PROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL Nº
1.0024.07.461405-8/002.

(GRIFOU-SE).

A propósito, vale conferir também o entendimento do eminente Des. Célio César Paduani, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.03.988644-5/002(1):

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. PROCEDIMENTOS LEGAIS. AUTO-EXECUTORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A APREENSÃO DE DOCUMENTOS EM PESSOA JURÍDICA COMERCIAL NÃO CONSTITUI ABUSO DOS AGENTES FISCAIS, TENDO EM VISTA QUE O DIREITO DE PROPRIEDADE NÃO É ABSOLUTO E A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO NÃO SE ESTENDE ÀS EMPRESAS COMERCIAIS. LOGO, ENQUANTO SUBSISTIREM RAZÕES PARA A MANUTENÇÃO DE DOCUMENTOS APREENDIDOS EM EMPRESA COMERCIAL, DESDE QUE NÃO INVIABILIZEM A CONTINUAÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DEVOLUÇÃO. DESNECESSÁRIA A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A APREENSÃO DE DOCUMENTOS DE CUNHO FISCAL E OBRIGATÓRIOS, POR FORÇA DE LEI E DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO ART. 145, § 1º.

(GRIFOU-SE).

Ainda no tocante ao tema, calha transcrever o excerto do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no mesmo diapasão:

CRIMINAL. HC. SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADE DE PROCESSOS, FUNDADOS EM LIVROS CONTÁBEIS E NOTAS FISCAIS APREENDIDOS PELOS AGENTES DE FISCALIZAÇÃO FAZENDÁRIA, SEM MANDADO JUDICIAL. DOCUMENTOS NÃO ACOBERTADOS POR SIGILO E DE APRESENTAÇÃO OBRIGATÓRIA. PODER DE FISCALIZAÇÃO DOS AGENTES FAZENDÁRIOS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA. I. Os documentos e livros que se relacionam com a contabilidade da empresa não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo e são, inclusive, de apresentação obrigatória por ocasião das atividades fiscais. II. Tendo em vista o poder de fiscalização assegurado aos agentes fazendários e o caráter público dos livros contábeis e notas fiscais, sua apreensão, durante a fiscalização, não representa nenhuma ilegalidade. Precedente. III. Ordem denegada." (STJ; HC Nº 18612/RJ; 5ª T.; REL. GILSON DIPP; DJ 17/03/2003 P. 244).

(GRIFOU-SE).

Por fim, excertos do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli (Relator), em julgamento do AG. REG. no Recurso Extraordinário nº 767.180 do Supremo Tribunal
22.241 /16/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Federal, de 19/08/14, cujo teor é análogo ao caso concreto, dá esboço desfeito ao tema:

O TRIBUNAL DE ORIGEM, INTERPRETANDO O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E A LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, ENTENDEU QUE A APREENSÃO DE DOCUMENTOS DO CONTRIBUINTE CONSISTIA EM MANIFESTAÇÃO CONCRETA, EM SEDE ADMINISTRATIVA, DO PODER DE POLÍCIA DAS AUTORIDADES FISCAIS, “NO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA” (FL. 1.080). CONCLUIU NÃO HAVER, NO CASO, ILEGALIDADE NA ATUAÇÃO DESSES AGENTES, NOTADAMENTE POR ESTAREM AMPARADOS NA EXPRESSA LEGISLAÇÃO LOCAL. FIRMOU, MEDIANTE ANÁLISE DOS FATOS E DAS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS, TER INEXISTIDO OPOSIÇÃO, POR PARTE DA AGRAVANTE, À ENTRADA DAS AUTORIDADES FISCAIS NO ESTABELECIMENTO.

(...)

NOS TERMOS DO VOTO CONDUTOR DO ACÓRDÃO RECORRIDO, NÃO HOUE, REITERO, PROVA (SEQUER COMEÇO DE PROVA) DA QUEBRA DA GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR, O QUE ACABOU POR AFASTAR A ÓPTICA CONSTITUCIONAL DA DISCUSSÃO. NOTE-SE QUE A ARGUMENTAÇÃO DA RECORRENTE SE ENCONTRA NA PROTEÇÃO DA INVIOABILIDADE DE SEU ESTABELECIMENTO, EMBORA CITE, DE FORMA GENÉRICA, A CONSECUTÁRIA VULNERAÇÃO DOS ARTS. 5º, XII E XVI; E 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

PORTANTO, A QUESTÃO RELATIVA À NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O FISCO APREENDER DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS E À ILICITUDE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE ADMINISTRATIVA, NO CASO, CINGE-SE AO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL E AOS FATOS E PROVAS DOS AUTOS. EVENTUAL OFENSA AO TEXTO CONSTITUCIONAL, SE OCORRESSE, SERIA APENAS INDIRETA OU REFLEXA, O QUE É INSUFICIENTE PARA AMPARAR O APELO EXTREMO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 279 DESTA CORTE.

Portanto, há direito outorgado aos agentes do Fisco de poder verificar, durante a fiscalização tributária, quaisquer documentos do contribuinte que estejam relacionados com fatos geradores de obrigações tributárias.

E, como visto, não faz sentido também o entendimento esposado pelos Impugnantes de que o termo “examinar” excluiria o direito do Fisco de apreender os documentos, devendo apenas analisá-los dentro do estabelecimento do contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se dos autos, 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 tributária vigente.

Ainda preliminarmente, os Impugnantes pedem a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de ter havido a violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Asseveram que seria necessário que pelo menos “tivesse sido aberto o correspondente AIAF com a observância do efetivo processo legal”, pois as cópias dos arquivos foram feitas “sem que sequer fosse dada oportunidade à Impugnante de apresentar voluntariamente documentos quaisquer cujo exame pretendesse o fisco”.

Afirmam que a nulidade dos atos praticados pela Fiscalização está consubstanciada na apreensão de livros e documentos digitais mediante cópias não autorizadas pelos Impugnantes e sem a instauração do indispensável procedimento administrativo com efetivo direito de defesa.

Complementam que tal cenário viola “direito líquido e certo do contribuinte à observância do contraditório, ampla defesa e devido processo legal”, bem como afasta o “gozo de presunção de inocência ao partir a fiscalização para meios diversos daqueles previstos em lei”.

Contudo, ressalta-se, de início, que o ingresso dos agentes fiscais no estabelecimento foi acompanhado por um dos sócios e, após a finalização dos trabalhos, o mesmo assinou os Autos de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais (fls. 33/36), emitidos para formalizar a apreensão dos documentos extrafiscais.

Frisa-se ainda, que não existe sequer menção nos autos da ocorrência de qualquer questionamento quando da realização dos procedimentos fiscais na empresa

Conforme descrito no relatório do Auto de Infração (AI), o procedimento de copiagem dos arquivos existentes em computadores localizados no estabelecimento da Autuada se deu em virtude de recebimento de denúncia pela SEF com “informações detalhadas de suposto esquema de sonegação fiscal” colocado em prática pela Autuada.

Diante dos fortes indícios de infração à legislação tributária, o Fisco procedeu à copiagem e autenticação dos arquivos.

Nestes casos, a ação fiscal prescinde da lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, nos termos do art. 74, inciso I do RPTA:

Art. 74. Nas hipóteses abaixo relacionadas o Auto de Infração documentará o início da ação fiscal, ficando dispensada a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos:

I - constatação de flagrante infração à legislação tributária, bem como na fiscalização no trânsito de mercadorias;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não obstante, o AIAF foi emitido antes da lavratura do Auto de Infração, sendo a Autuada cientificada por AR em 16/07/15 (fls. 02/03).

É importante mencionar que durante a tramitação do Auto de Infração, os Impugnantes puderam exercer seu amplo e irrestrito direito de defesa, como o fizeram e encontra-se incontestado nos presentes autos.

Por óbvio, esse fato não é suficiente para configurar o cerceamento ao direito de defesa.

Cumpra esclarecer que, na verdade, a apreensão de arquivos magnéticos deve ser entendida como uma mera cópia dos arquivos existentes nos computadores do estabelecimento.

A ferramenta de que dispõe a Fiscalização não altera em nada o que está gravado, pois é feita apenas uma imagem, uma cópia do que está ali registrado.

Os Impugnantes insistem em requerer a nulidade do Auto de Infração/PTA pela não disponibilização de documento indispensável ao exercício do direito de defesa, pois, ao manusear o CD que estava anexo aos autos, em 18/08/15, detectaram que a mídia não continha a gravação do banco de dados onde foi feita a análise fiscal do banco de dados copiado que contém todos os esclarecimentos acerca do trabalho e é parte integrante deste AI.

No entanto, esta alegação foi acatada pela Fiscalização, que em 21/10/15, entregou aos Impugnantes outro CD com todos os documentos solicitados.

As demais questões arguidas em preliminar pelos Impugnantes, se confundem com o mérito e serão tratadas adiante.

Assim, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal ou submetidas ao regime de substituição tributária, desacompanhadas de documentos fiscais, promovidas pela Autuada, no período de janeiro de 2010 a fevereiro de 2014, apuradas mediante o confronto de documentos extrafiscais, devidamente extraídos de arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado, com os respectivos extratos do Simples Nacional-PGDAS.

Após diligência realizada em estabelecimento da Contribuinte em 20/03/14, lavrou-se o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF nº 10.000012745.43.

A Autuada realiza, preponderantemente, o comércio varejista de medicamentos veterinários, com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e tributação normal, sendo que, durante todo o período relativo à autuação esteve enquadrada no regime do Simples Nacional (fls. 17).

São exigidos ICMS (18%), multa de revalidação e multa isolada, considerando o percentual médio das entradas tributadas no período (Anexo II) aplicadas sobre o montante das vendas não declaradas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corretas as exigências referentes ao ICMS e à multa de revalidação.

Cumpram observar, porém, que a multa isolada foi cobrada a menor, pois foi calculada, indevidamente, considerando apenas as entradas tributadas (coluna “BASE DE CÁLCULO” dos Anexos III e IV de fls. 14/15 dos Autos), quando o correto seria ter utilizado o valor total das diferenças entre as vendas realizadas e as vendas declaradas (coluna “DIFERENÇA APURADA” dos mesmos Anexos). Vale registrar, que a diferença poderá ser exigida pelo Fisco.

O quadro abaixo demonstra a diferença entre os valores da Multa isolada cobrada e a devida.

ANO	DIF. APURADA	B.C.	M.I (Cobrada)	M.I (Devida)	DIFERENÇA
2010	1.710.336,29	616.570,36	246.628,14	684.134,52	437.506,37
2011	2.054.476,95	530.983,33	212.393,33	821.790,78	609.397,45
2012	2.143.886,76	631.796,79	252.718,72	857.554,70	604.835,99
2013	2.572.348,68	886.454,19	354.581,68	1.028.939,47	674.357,80
2014	377.748,78	96.324,74	38.529,90	151.099,51	112.569,62
TOTAL	8.858.797,46	2.762.129,41	1.104.851,76	3.543.518,98	2.438.667,22

Sustentam os Impugnantes que embora tenha sido disponibilizado um novo CD com os dados que embasaram a autuação, não é possível compreender como o AI/PTA/AIAF chegou às conclusões do pretensão crédito tributário.

Afirmam que o Relatório Técnico elaborado pelo Escritório Regional de Auditoria Digital (ERAD) “erige-se a partir de dados de imagens e nomenclaturas digitais próprios da d. Delegacia Fiscal e dos ‘softwares’ utilizados, estes totalmente desconhecidos dos contribuintes”.

Inicialmente, cumpre informar que, em 20/03/14, a Estação Regional de Auditoria Digital – ERAD/GV realizou copiagem e autenticação dos arquivos digitais existentes nos computadores de propriedade da Autuada.

O Auditor responsável pela copiagem (ERAD/GV) emitiu o Relatório Técnico 002/14 (fls. 18/32) e encaminhou-o para subsidiar o processo de auditoria na escrita do contribuinte, já em curso na Delegacia Fiscal de Trânsito – DFT/GV. Este relatório, que é parte integrante do Auto de Infração, esclarece de forma cristalina e consistente a lógica adotada para identificação de todas as vendas realizadas pela Autuada.

O Relatório Técnico apresentou apenas os indícios, sendo que somente no processo de auditoria é que foi feita uma análise minuciosa dos arquivos copiados e a comprovação da ocorrência das irregularidades apontadas.

De acordo com informações do relatório, o trabalho foi realizado com base no arquivo “Nico”, extraído diretamente do banco de dados no formato “dbf”, o qual é utilizado pela Contribuinte no gerenciamento de suas atividades comerciais e financeiras.

Após análise dos arquivos, constatou-se que os mesmos apresentam um banco de dados completo da Contribuinte, constando o registro de todas as suas vendas, inclusive totais diários de vendas via Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O trabalho e a análise dos dados copiados foram feitos através de planilhas Excel, o que possibilitou a conferência, a constatação e a certeza do “quantum” dos valores comercializados pela Contribuinte e não declarados ao Fisco em seus relatórios mensais.

De todos os dados copiados, foram levantados quatro arquivos onde se encontravam as informações mais relevantes, que foram transferidos para planilhas Excel para facilitar a visualização, a saber:

- Arquivo SICADMOC – Banco de dados com todas as vendas realizadas pela Contribuinte, organizadas por data de movimento e relacionadas com número do pedido, código do cliente, documento emitido, vendedor e valor da venda;

- Arquivo SICADLAC – Banco de dados com dados financeiros das operações, como pagamento e recebimento de duplicatas pela Contribuinte, organizadas por data de lançamento e relacionadas com tipo de lançamento (R= recebimento e P= pagamento, número do documento, histórico e valor);

- Arquivo SICADCLF – Banco de dados com cadastro dos clientes da Contribuinte, organizados por código (CGCCPF), razão social ou nome, endereço, data de cadastro e data da última compra;

- Arquivo SIITMOC – Banco de dados dos itens vendido pela Contribuinte, organizados por data e relacionados com o número do documento, código do cliente (CGCCPF), descrição do produto e valor. Esta planilha está incompleta, trazendo dados somente até julho de 2012.

O relatório lista exemplos da relação existente entre as planilhas e como confrontar as informações contidas em qualquer uma delas com as contidas nas outras. Nas fls. 23/31 dos autos estão as telas e explicação relativas a esta consistência.

Dessa forma, foi possível levantar o total de vendas efetuadas pelo contribuinte desde 2002, inclusive totais diários de vendas via Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF. Porém, em função do período decadencial, foram consolidadas no relatório as vendas a partir de 2009 e autuadas apenas as operações a partir de janeiro de 2010.

O Anexo I (fls. 11/12) refere-se à planilha de confronto dos registros de vendas e as receitas declaradas no extrato do Simples Nacional-PGDAS e descrito às fls. 32, apurando o total das saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

O Anexo II (fls. 13) relaciona o percentual de mercadorias comercializadas com tributação.

Os anexos III, IV e V (fls. 14/16) apresentam os quadros demonstrativos do crédito tributário.

O cálculo da multa isolada está detalhado às fls. 14/15 (Anexos III e IV). Os dados foram apresentados na íntegra em CD (fls. 137), autenticados com o código Hash SHA1 descrito às fls. 19.

Desnecessário, portanto, conhecimento técnico de programas utilizados pela Fiscalização para tratamento destes dados. Os impugnantes têm pleno conhecimento dos dados ali existentes, pois foram eles quem os elaboraram.

Constata-se, pois, que 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.

Portanto, não procede as alegações de imprecisão dos documentos exibidos e da falta de especificidade do relatório técnico.

Pelos mesmos motivos, não deve ser acatado o argumento dos Impugnantes de que o crédito tributário foi constituído com base em meros indícios e presunções, violando o princípio da verdade material.

Observa-se que o procedimento adotado na apuração do lançamento foi realizado nos exatos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02, mediante análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais da Contribuinte.

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;

Os documentos extrafiscais apreendidos são contundentes e possuem força probante no contexto em tela. Com base nos dados coletados nos computadores da Autuada e demonstrados no Relatório Técnico – 02/2014, elaborado pelo ERAD, o trabalho fiscal deixou evidente a existência de saídas desacobertas de documentação fiscal.

Poderiam os Impugnantes ilidir a acusação fiscal, produzindo provas hábeis e irrefutáveis da não ocorrência da infração. Entretanto, não apresentam qualquer prova de suas alegações.

Neste caso, aplica-se 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 desacoberta de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Outra alegação dos Impugnantes é que “o equívoco que parece ter dado azo ao lançamento do crédito tributário decorre do fato de que os Agentes Fiscais afastaram-se da verdade real na medida que em que o volume de documentos e de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias tidas como fatos geradores de ICMS não dizem respeito à circulação mediante venda de bens”.

Acrescentam que, no caso vertente, ocorreram meras operações de logística e armazenagem realizadas pela Autuada, inclusive sob a chancela do Poder Público.

Informam que foi designada pela Secretaria Municipal de Agricultura de Coroaci/MG “a concentrar a operação de logística e de recepção de mercadorias adquiridas conjuntamente por todos os produtores rurais da região”, medida esta que teve por objeto o fomento das atividades agrícolas da região.

Para comprovar, anexam cópia de uma declaração assinada em 15/09/15, pelo Sr. Afonso Miguel de Almeida, representante, na época dos fatos geradores, da Secretaria Municipal de Agricultura de Coroaci/MG (fls. 177).

Contudo, não informam sequer quem são os produtores rurais que tiveram seus produtos armazenados e quais as quantidades e os valores por eles adquiridos e as respectivas notas fiscais.

Frisa-se que tal ofício ou mandamento do Órgão municipal de Coroaci não pode ser oponível à legislação tributária e que tal afirmação só confirma a exatidão da constatação da Fiscalização.

Entendem os Impugnantes que o expediente adotado pela Fiscalização para constituição do crédito tributário fere o “princípio da unicidade da prova”.

Aduzem que, considerando que a autuação versa apenas sobre saída, não tendo sequer sido ventilada entrada desacobertada de documento fiscal, não há que se falar em exigência de recolhimento de ICMS/ST.

Enfatizam que na medida em que o contribuinte realiza operações com mercadorias sujeitas ao ICMS/ST, hipotética saída desacobertada não gera ICMS a recolher.

Frisam que, com base nos mesmos critérios que a Fiscalização utilizou para definir a base de cálculo das saídas, também deve computar o percentual de operações sujeitas à ST e decotá-las da autuação.

Para sustentar sua tese, transcrevem as ementas dos Acórdãos n.ºs. 21.113/13/3ª e 4.099/13/CE.

Expõem que o traslado e o tratamento parcial de informações das entradas de mercadorias sujeitas ao ICMS/ST para se firmar a suposta ocorrência de crédito tributário de ICMS por ocasião de pretensas saídas desacobertadas, trata-se de verdadeira edição das provas em tese utilizadas pela Fiscalização para enunciação das cobranças.

Explica que deixou-se, assim, de observar os preceitos da indivisibilidade e unicidade da prova, segundo os quais um determinado elemento de prova deve ser considerado em seu todo, não somente nos aspectos em que for conveniente para quem quer que seja.

Mais uma vez não assiste razão aos Impugnantes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D), destinado às empresas optantes pelo Simples Nacional, tem o objetivo de permitir ao contribuinte declarar o valor mensal devido referente ao Simples Nacional e gerar o Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS) para recolhimento na rede bancária.

Ao utilizar o programa, deve o contribuinte relacionar cada tipo de receita informada e, em cada uma delas, informar o valor da parcela de receita que está sujeita à substituição tributária, tributação monofásica, isenção/redução de ICMS/ISS, retenção de ISS, exigibilidade suspensa e imunidade, quando for o caso.

Assim, ao receber mercadorias com o imposto recolhido por ST, o substituído tributário do ICMS, optante pelo Simples Nacional, assim entendido como o contribuinte que teve o imposto retido, bem como o contribuinte obrigado à antecipação, deverá segregar cada tipo de receita.

A Fiscalização, ao considerar o percentual das entradas tributadas para determinação da base de cálculo do ICMS e apuração do crédito tributário, fez exatamente o que sugerem os Impugnantes. Ou seja, excluiu o ICMS e, conseqüentemente, a multa de revalidação, relativos às operações sujeitas à substituição tributária, bem como daquelas imunes, isentas, etc.

Portanto, o valor apurado pela Fiscalização está em perfeita consonância com as decisões proferidas nos acórdãos transcritos, em que se determinava a exclusão das exigências relativas ao ICMS e multa de revalidação das mercadorias cujo imposto se recolhe na entrada por substituição tributária.

Por fim, os Impugnantes questionam a aplicação das multas, considerando-as de caráter confiscatório, o que é vedado pela Constituição Federal.

É importante frisar que o Auditor Fiscal, como servidor público que é, está adstrito ao princípio da legalidade, não lhe cabendo contestar ou deixar de aplicar norma democraticamente aprovada pelo Poder Legislativo.

Acrescente-se que não há que se falar em violação ao princípio do não confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade, em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, aplicada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75, a qual este Conselho de Contribuintes está adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do RPTA. Examine-se:

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.

Os únicos Sócios da empresa, Vera Lúcia Ferreira de Souza e Nicodemos Ferreira de Souza, foram incluídos no polo passivo como Coobrigados, com fulcro no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 135, inciso III da Lei Federal nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional – CTN), c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei 6.763/75, *in verbis*:

Código Tributário Nacional:

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

(...)

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 dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte. (Grifou-se).

Salienta-se que os Coobrigados, na condução dos negócios da empresa, pelas suas ações e omissões gerenciais, promoveram saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal e à sistemática da substituição tributária, desacobertadas de documentos fiscais, de forma que obtiveram vantagem econômica ao suprimir valores dos impostos, comportamento que configura infração à legislação tributária, pois praticaram atos com a inobservância dos preceitos legais da Lei nº 6.763/75 e do RICMS/02.

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária e, sim, a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira quando da saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal.

Assim, respondem os Sócios, que efetivamente são aqueles que participam das deliberações e dos negócios sociais da empresa, pois é de se esperar que eles tenham pleno conhecimento e poder de comando sobre toda a atividade da empresa.

Correta, portanto, a inclusão no polo passivo da obrigação tributária, dos únicos Sócios da Autuada, com base no inciso III do art. 135 do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pelos Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. David Martins de Souza e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 04 de agosto de 2016.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Alexandre Périssé de Abreu
Relator