

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.805/21/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001574549-90
Impugnação: 40.010150397-90, 40.010150399-51 (Coob.), 40.010150398-71 (Coob.)
Impugnante: Aba Distribuidora de Papeis, Máquinas e Equipamentos Ltda
IE: 001606157.00-58
Alexandre Braz Armond (Coob.)
CPF: 475.052.816-15
Carlos Nascimento Silva (Coob.)
CPF: 038.287.798-59
Proc. S. Passivo: Cristiano Araújo Cateb/Outro(s)
Origem: Núcleo de Atividades Fiscais Estratégicas

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Os sócios-administradores respondem pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos e documentos devidamente extraídos dos arquivos magnéticos, copiados do banco de dados do estabelecimento autuado, com a escrituração fiscal da Autuada, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos 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 da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado artigo. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de junho de 2015 a novembro de 2018, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos e documentos devidamente extraídos dos arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado, com a escrituração fiscal da Autuada.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado artigo.

Da Impugnação e da Manifestação Fiscal

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 93/133, e requerem, ao final, a procedência da impugnação.

A Fiscalização, refuta as alegações da Defesa em Manifestação de fls. 214/246 juntando os documentos de fls. 247/263, e requer, ao final, a procedência do lançamento.

Reaberta vista dos autos, pelo prazo de 5 (cinco) dias, em função da juntada de documentos na Manifestação Fiscal, a Impugnante comparece às fls. 269/290, enquanto a Fiscalização manifesta-se novamente às fls. 292/298.

Posteriormente, a Fiscalização reabre vista aos Impugnantes, da Manifestação Fiscal, pelo prazo de 30 (trinta) dias, e disponibiliza, para extração de cópias, todos os documentos apreendidos, que possuem relação com a presente autuação e que não estão anexados ao processo, conforme solicitado pela Defesa, consoante art. 201, § 3º do RICMS/02.

Nesse sentido, os Impugnantes comparecem às fls. 308/312, enquanto a Fiscalização manifesta-se às fls. 313/314.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 318/338, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida. Quanto ao mérito, opina-se pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de alegados vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assistem, pois 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), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Os Impugnantes alegam, em apertada síntese, que o lançamento decorreu da análise das informações obtidas mediante mandado judicial concedido para autorizar a operação de busca e apreensão na sede da LINKCOM SISTEMAS CORPORATIVOS – Razão social COMÉRCIO DE SOFTWARE LINKCOM LTDA, mas que o provimento judicial não teria estendido a autorização ao Ministério Público de Minas Gerais (MP) para compartilhar os dados com a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF), razão pela qual, entende que o Auto de Infração elaborado pela SEF teria se baseado em provas obtidas de maneira ilícita. Segundo argumenta, o art. 44 da Lei nº 6.763/75 exige a autorização judicial para a realização da busca e apreensão de documentos, programas e arquivos eletrônicos, quando estes não estiverem em dependência de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

Entretanto, conforme explica a Fiscalização, o lançamento atendeu a todos os requisitos formais exigidos, veja-se:

Como podemos ver no pedido inicial feito pelo MP à autoridade judicial, foi solicitado que os Auditores da Receita participassem das buscas, e que fosse autorizado o compartilhamento das provas obtidas com a SEF/MG (Anexo I da Manifestação Fiscal).

Os pedidos foram integralmente atendidos, como podemos ver na decisão da Juíza responsável (Anexo II da Manifestação Fiscal).

Durante a realização das buscas na sede da Matriz da Autuada, foi constatado pela equipe de Auditores da SEF, que o banco de dados era hospedado na empresa LINKCOM em questão. Comunicado do fato, o MP solicitou, em caráter de urgência, e em complementação ao pleito anterior, que fosse concedido um mandado estendendo as buscas ao endereço da prestadora de serviços, permitindo o acesso aos dados ainda no decorrer da operação denominada “Casa de papel”. (Anexo III da Manifestação Fiscal).

Tal pedido foi deferido, e o respectivo mandado expedido (Anexo IV da Manifestação Fiscal). Somente então os Auditores se dirigiram à sede da LINKCOM, e realizaram o procedimento de copiagem dos dados da empresa ABA ali hospedados.

Resta claro que o pedido complementar só existe em consequência do cumprimento do pedido inicial. Trata-se de uma extensão do mesmo, inserida no bojo do mesmo processo investigatório. Sendo assim, ao deferir o pedido complementar o judiciário concede o mesmo alcance do inicial, ou seja, deveria ser cumprido conjuntamente com os Auditores da SEF, e autoriza o MP a efetuar o compartilhamento das informações obtidas com a Receita Estadual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, observa-se que as provas que compõem o Auto de Infração foram obtidas de maneira lícita, não procedendo a arguição de nulidade proposta pela Defesa.

Ademais, quanto a alegação de que o Fisco teria omitido do presente Auto de Infração o “Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais”, anexo ao primeiro Auto de Infração lavrado (PTA nº 01.001445174-32), nenhum prejuízo verifica-se para a Defesa uma vez que se tratam de PTAs complementares e os Impugnantes tiveram acesso ao citado documento, conforme informam na própria peça de impugnação, apresentando, ainda, a cópia do documento às fls. 104.

Os Impugnantes alegam que o lançamento foi realizado de forma genérica e por amostragem, baseado em anotações pontuais de agenda de vendedores da empresa, de outros exercícios financeiros, sem a observância do art. 142 do CTN, portanto, baseado em mera presunção.

O Fisco esclarece o referido questionamento nos seguintes termos:

Durante o procedimento de busca e apreensão foi apreendido vasto material, tanto físico quanto eletrônico, referente a vários anos, demonstrando que o esquema de sonegação agora desvendado era largamente utilizado pela empresa ao longo de vários anos. Especificamente em relação a este Auto de Infração (AI), foram autuadas as operações ocorridas entre junho de 2015 e novembro de 2018.

Como elementos de prova, e com a finalidade de demonstrar a forma como eram praticados os ilícitos, foram utilizados documentos de vários anos, inclusive anteriores ao período autuado. O Anexo 3 do AI contém imagens dos anos de 2011, 2012 e 2014, e várias imagens de troca de mensagens eletrônicas ocorridas no período autuado, como pode ser visto às Fls. 60 a 63 e 66 dos autos. Existem também imagens e documentos físicos (Anexo 2) com anotações de operações ocorridas no período autuado.

Fica claro que a origem do esquema fraudulento remonta há vários anos, sendo prática habitual e reiterada. O fato de termos escolhido alguns documentos físicos e eletrônicos de datas anteriores ao período autuado foi para propiciar maior clareza ao leitor, demonstrando com maior facilidade o modo de atuação da autuada, além de comprovar que a sonegação de tributos vinha se perpetuando ao longo do tempo.

O banco de dados utilizado pela empresa é o mesmo em todo o período, sem mudança na forma de contabilizar tanto as operações com nota fiscal quanto as paralelas.

(...)

Concluindo, entendemos que o tamanho da amostra é suficiente, já que tem por função apenas de demonstrar como agia a autuada em relação ao seu controle de vendas sem nota (código 1) e com nota (código 2), não devendo ser analisadas isoladamente, mas sim como parte de um todo.

Ademais, no tocante ao questionamento acerca das provas anexadas aos autos, apresentadas por amostragem pelo Fisco, para comprovação das irregularidades, tal procedimento está de acordo com o previsto no art. 137 do RPTA:

Art. 137. Em se tratando de prova documental com elevado número de documentos, o Fisco poderá fazer a prova mediante:

I - amostragem, observado o seguinte:

- a) a amostra deverá ser significativa em relação ao universo;
- b) os documentos, inclusive arquivos eletrônicos, e outras provas não juntados integralmente serão mantidos na repartição fazendária pelo prazo prescricional;

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, e não em mera presunção, como alega a Defesa, o que restará demonstrado na análise de mérito.

Em relação à alegação do cerceamento do direito de defesa dos Impugnantes, tendo em vista que não havia sido disponibilizados os documentos apreendidos e utilizados pelo Fisco na lavratura do Auto de Infração, destaca-se que tal alegação encontra-se superada em razão da disponibilização realizada pelo Fisco ainda na fase da instrução processual para extração de cópias e demais documentos apreendidos, que tenham relação com a presente autuação e que não tenham sido anexados ao processo, em consonância com o disposto no art. 201, § 3º do RICMS/02 conforme solicitado pela Defesa (fls. 299).

Importa registrar que, conforme esclarece o Fisco, os procuradores dos Impugnantes compareceram à Unidade Fazendária competente, entretanto, se limitaram à análise dos documentos apreendidos, sem, contudo, extrair uma cópia reprográfica sequer dos referidos documentos.

Noutro giro, os Impugnantes arguem a nulidade da inclusão dos Coobrigados no polo passivo, argumentando que tal inclusão se deu sem a descrição dos fatos praticados ou a subsunção dos fatos à norma tributária.

Não obstante, verifica-se do Relatório Fiscal que a inclusão no polo passivo da obrigação tributária, dos sócios-administradores da empresa autuada se deu nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, devidamente capitulados nos autos, conforme se constata de parte do citado relatório:

A inclusão dos sócios como coobrigados no Auto de Infração fundamenta-se na prática de ato com infração de lei, hipótese em que o administrador se torna

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

solidariamente responsável, nos termos do artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional c/c artigo 21, inciso XII e § 2º, II, da Lei nº. 6.763/75.

Por fim, a Defesa alega a nulidade do lançamento ao argumento de que o AIAF foi enviado aos Impugnantes por correios, no mesmo envelope que o próprio Auto de Infração.

Entretanto, corretamente constata o Fisco que

Ocorre que a intimação, na verdade, foi realizada via DTE- Domicílio Tributário Eletrônico, na data de 22/04/2020, conforme consta do comprovante de Confirmação de Envio de Mensagem DTE que pode ser facilmente encontrado à fl. 03 do PTA em questão. O envio de cópia do AIAF (Fl.02) juntamente com o auto de infração por correios foi meramente protocolar, com objetivo de ilustrar o já ocorrido.

A legislação permite a escolha do modo de intimação que melhor lhe convier, conforme o artigo 10 do Decreto 44.747/08 (RPTA). Como podemos ver a seguir a impugnante é habilitada ao DTE desde 13/02/2019:

(...)

A intimação foi devidamente procedida, conforme confirmação de processamento abaixo:

(...)

Vale pontuar que o artigo 12 do mesmo decreto dispõe, ainda, que as intimações por meio de DTE serão consideradas efetivadas quando o contribuinte ou interessado acessar eletronicamente o seu teor, que poderá ser feito em até 10 dias.

(...)

Portanto, prejudicada a tentativa da impugnante de desconsiderar o feito do trabalho fiscal com base em premissa frágil e superficial. Bastaria atentar para o referido comprovante de intimação constante dos autos para verificar que a intimação foi feita corretamente, respeitando forma e prazo estabelecidos na legislação tributária pertinente.

Assim, nota-se que o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Autuados todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Induidoso que os Autuados compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Pedido de Prova Pericial

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

Para tanto, formula os quesitos de fls. 198 e indica assistente técnico de seu interesse.

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

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

Os quesitos apresentados pelos Impugnantes têm por finalidade, em síntese, questionar se o lançamento foi feito em conformidade com a legislação que rege a matéria; a amostragem das provas anexadas aos autos; se a Autuada consegue adulterar os códigos fontes existentes no software da empresa “Linkcom”; o significado dos códigos 1 e 2 utilizados pela Autuada; se as operações autuadas ocorreram sem a emissão de nota fiscal; se há quebras no estoque da empresa, dentre outros.

Entretanto, a perícia requerida se mostra desnecessária, uma vez que as informações contidas nos autos são suficientes para a elucidação das questões.

Importa trazer as considerações do Fisco em relação ao pedido da Defesa:

Em relação à perícia solicitada pela recorrente, o fisco entende ser a mesma desnecessária, visto que as provas elencadas são mais do que suficientes para caracterizar o ilícito reiteradamente cometido pela autuada. A maior parte dos quesitos propostos (Fl.198) já foram aqui abordados e esclarecidos. Em relação ao quesito 3, temos a dizer que nunca afirmamos que a autuada adulterou ou alterou os códigos fontes do software desenvolvido pela LINKCOM. Afirmamos sim, que o programa permite ao usuário optar em registrar suas operações de modo a gerar ou não nota fiscal, sem perder o controle do estoque e do “contas a receber”.

Soma-se a isto o fato de o próprio contribuinte ter reconhecido as infrações cometidas através do TA

protocolado, restando ao contencioso simplesmente a dúvida quanto ao montante sonegado aos cofres públicos.

Ademais, seria de pouco valor uma perícia do software utilizado realizada neste momento, visto que não existiam cópias do mesmo nos computadores copiados pelo fisco. Seu funcionamento era remoto, e os dados armazenados “na nuvem”. Portanto, uma perícia do software hoje utilizado não necessariamente refletiria a situação encontrada no momento da ação fiscal.

Conforme já mencionado, no tocante ao questionamento acerca das provas anexadas aos autos, apresentadas por amostragem pelo Fisco (quesito 2), para comprovação das irregularidades, tal procedimento está de acordo com o previsto no art. 137 do RPTA.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

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

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

(...)

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

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de junho de 2015 a novembro de 2018, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos e documentos devidamente extraídos dos arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado, com a escrituração fiscal da Autuada.

Exige-se ICMS, multa de revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado artigo.

Foram inseridos no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigados, os sócios-administradores da empresa, com fulcro no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, c/c o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN.

Conforme explica a Fiscalização, a irregularidade foi constatada através de auditoria fiscal realizada nos documentos físicos e eletrônicos da empresa, os quais foram obtidos durante operação de Busca e Apreensão, realizada em 21/11/18, em cumprimento a mandado judicial.

A análise das imagens extraídas do banco de dados utilizado pela empresa, documentos e trocas de mensagens eletrônicas encontradas nos computadores, combinada com os documentos físicos, permitiu identificar os registros de operações para as quais não foi possível identificar o documento fiscal correspondente.

O Relatório Complementar ao Auto de Infração (fls. 09/19) detalha o *modus operandi* da empresa autuada, a operação de busca e apreensão de documentos e a metodologia do trabalho fiscal.

Da documentação apreendida, constata o Fisco a relação de clientes, indicando a forma de aquisição das mercadorias (com ou sem nota fiscal) e diversas anotações em agendas dos funcionários do departamento comercial (vendedores) fazendo menção a pedidos de clientes, discriminando valores, acompanhados da observação C/N ou S/N (Anexo 2 do Auto de Infração).

Importa reproduzir parte do Relatório Fiscal que sintetiza a análise fiscal realizada:

A autuada trabalha basicamente com vendas no atacado de vários tipos de papel. Sua clientela é composta preponderantemente por gráficas e editoras.

Ocorre que o papel é sujeito a uma tributação diferenciada, dependendo da finalidade a que se destina. Quando destinado à impressão de livros, jornais e periódicos o produto encontra-se ao abrigo de imunidade constitucional, que veda aos entes federados qualquer tipo de cobrança de tributos.

Já quando a finalidade é outra (por exemplo, impressão de panfletos de publicidade), o produto não goza deste benefício, e a tributação ocorre normalmente, tanto a nível estadual quanto federal.

(...)

Visando controlar e ter condições de fiscalizar os contribuintes que trabalham com o produto, a Receita Federal criou um sistema, denominado de Recopi, de uso compulsório por todos que desejam trabalhar com papel sob o abrigo da imunidade tributária.

O contribuinte cadastrado no Recopi, só pode emitir nota fiscal sem destaque de impostos para outro contribuinte também cadastrado no sistema. O emitente é obrigado a lançar os dados das notas fiscais emitidas, e o destinatário tem um prazo de 15 dias para acessar o sistema e confirmar o recebimento daquelas mercadorias.

Posteriormente, a medida que for utilizando o material, o destinatário abastece o sistema com os dados referentes aos produtos impressos, justificando desta forma a utilização de papel adquirido ao abrigo da tributação.

No caso em pauta, havia a suspeita de que a autuada burlava o sistema.

(...)

Na análise do material copiado dos computadores encontramos também várias imagens, principalmente emails trocados entre sócios, funcionários administrativos, vendedores e clientes, indicando que ocorriam vendas sem nota fiscal para clientes não cadastrados no Recopi, e posterior emissão de uma nota fiscal graciosa (assim chamada a nota fiscal emitida sem que ocorra uma efetiva saída de mercadorias) para fins de acerto do estoque da Aba no Recopi. Apurou-se através destas mensagens que estas notas eram emitidas em nome de algumas empresas intituladas “parceiras ou cooperadores”, que realizavam o “aceite” no Recopi mesmo sem ter recebido a mercadoria, em troca de uma comissão que variava entre 3 e 10% do valor da nota. Algumas destas mensagens foram impressas e fazem parte deste Auto (Anexo 3).

(...)

Constatamos então que sempre que determinado pedido era acompanhado da observação C/N na agenda do vendedor, ele constava no banco de dados na coluna intitulada “cdpedidoventasituacao” com o código 2. Para tais pedidos, sempre foi possível localizar o documento fiscal correspondente no banco de dados da Secretaria da Fazenda.

Por outro lado, sempre que o pedido era seguido da observação S/N, notamos que ele constava no banco de dados, na mesma coluna, com o código 1. E ao contrário da situação anterior, para tais pedidos não foram encontradas notas fiscais correspondentes.

(...)

Para as operações registradas com o código 2, sempre acompanhada da descrição “faturada”, foram emitidas notas fiscais (Anexo 4), enquanto para aquelas registradas no código 1 não foi localizado documento fiscal correspondente.

(...)

A planilha acostada ao Anexo 9 do Auto de Infração (CD de fls. 91) contém as operações para as quais a Fiscalização não encontrou o documento fiscal emitido correspondente (operações registradas no banco de dados com o código 1).

Na peça de defesa apresentada, os Impugnantes alegam, em apertada síntese, que as operações autuadas não se referem a saídas de mercadorias sem emissão de nota fiscal, tendo a Fiscalização interpretado de forma equivocada as planilhas geradas pelo sistema da empresa Autuada, sendo que as irregularidades cometidas pela empresa foram devidamente sanadas mediante o Termo de Autodenúncia n° 05.0003130064-60.

A Fiscalização explica que, durante a elaboração do trabalho fiscal, ainda em fase exploratória, a Contribuinte se antecipou à lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal e protocolou, em 20/11/19, o Termo de Autodenúncia n° 05.000.310064-60 (Anexo 5 do Auto de Infração).

Da análise da referida denúncia, a Fiscalização constata que a Autuada se ateve a informar os montantes mensais não recolhidos, não especificando a quais operações aqueles valores se referiam.

Assim, considerando todos os elementos de prova elencados, e tendo em vista a diferença a maior entre o total de saídas realizadas sem emissão de documento fiscal e os valores utilizados pela Autuada no citado termo de autodenúncia, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração para exigir o imposto restante, acrescido das multas previstas na legislação (Anexo 6 do Auto de Infração).

O crédito tributário encontra-se detalhado na planilha “Demonstrativo do Crédito Tributário” (Anexo 7 do Auto de Infração).

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação apreendida e que se encontra acostada aos autos, para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso I, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194. Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal; (...)

Oportuno destacar que o lançamento fiscal se fundamenta em informações devidamente registradas em documentos e arquivos apreendidos legalmente, conforme já enfrentado em questão preliminar.

Os Impugnantes alegam que os códigos utilizados como “código 1” e “código 2” referem-se tão somente a códigos de pedidos “previstos”, “cancelados”, “confirmados” e outros, não possuindo qualquer relação com controle de vendas com ou sem nota fiscal. Afirmam que é apenas um controle de pedidos de orçamentos, que nem sempre se concretizavam e, inclusive, a relação apresentada pelo Fisco contém orçamentos em duplicidade, que foram cancelados.

Argumentam que o “filtro” utilizado pelo Fisco é falacioso e gera resultados equivocados, submetendo à tributação operações que nunca ocorreram.

A Fiscalização, por sua vez, constata que para todas as operações em que o código utilizado foi o “2” existem documentos fiscais correspondentes, enquanto para as operações realizadas sob o código “1” não foram encontradas as devidas notas fiscais.

Reforçando esta constatação, existe o fato de que nas agendas dos vendedores foram encontradas diversas anotações de pedidos, seguidas das observações C/N e S/N. Localizando estes pedidos no banco de dados, a Fiscalização verifica que os pedidos C/N eram alocados no código 2, portanto, era emitida nota fiscal. Já os pedidos com a observação S/N eram registrados com o código 1 e, para esses pedidos, não foram encontrados documentos fiscais correspondentes.

O Fisco verificou, ainda, diversas trocas de e-mails entre vendedores e clientes tratando de fornecimento de mercadorias sem nota fiscal; entre responsáveis pelo setor financeiro e funcionários de vendas, orientando sobre como proceder para realizar vendas sem documento fiscal, e, inclusive, entre os sócios coobrigados e funcionários da empresa, com orientações sobre os procedimentos a serem adotados em casos de vendas sem nota fiscal.

Sobre o assunto, importa trazer a análise do Fisco que derruba a tese apresentada pela Defesa:

Como veremos abaixo, este controle foi bem demonstrado no AI, e agora foi reforçado pelo acesso obtido pelo fisco ao manual de utilização do software usado pela empresa, elaborado pelo seu desenvolvedor e disponibilizado na internet no link citado acima.

Inicialmente, a impugnante tenta induzir os julgadores ao erro, quando alega que os códigos 1 e 2 são vinculados a códigos de pedidos “previstos”, “cancelado” ou “confirmado”, entre outros. Alega que estes códigos são gerados quando o cliente solicita uma cotação de preços, que quando não era confirmada, era classificada como “cancelada”, e recebia o código 1. Vejamos com as palavras da própria impugnante, a Fl. 119 do PTA:

(...)

Desta forma, segundo a impugnante, todas as 14.957 operações constantes da planilha apresentada pelo fisco (Anexo 9), se referem a “cotações” que não se transformaram em vendas de fato.

Esta afirmação sendo verdadeira, não haveria de se falar em saída de mercadorias, e logicamente, não existiria um pagamento associado a este pedido.

Não é isto que ocorreu na prática. como iremos demonstrar a seguir.

(...)

Ao comprovarmos que existiu pagamento, fica provado que a operação, listada com o código “1”, de fato ocorreu, não se tratando de mero orçamento que não se concretizou.

Temos outros exemplos de operações listadas no código “1” que foram pagas. Como podemos ver, o e-mail abaixo, trocado entre funcionários da empresa em 02/02/2015, apresenta uma relação de pagamentos com cartão referentes a vários pedidos. Da relação constam, além da forma de pagamento, data, número do pedido, nome do cliente e valor da operação.

(...)

Desta forma cai por terra a alegação da recorrente de que o código 1 na coluna “J” estaria associado a orçamento cancelado, já que se assim fosse, não existiriam pagamentos associados a tais operações.

Se não bastasse, entendemos que tal argumento não resiste sequer à leitura da própria impugnação. Vejamos a transcrição do primeiro parágrafo da Folha 123 do PTA, que por si só, já desqualifica o argumento da autuada:

Dentro da relação apresentada pela secretaria fazendária, de fato contém operações que deveriam ser tributadas, porém todas elas sempre eram englobadas em uma Nota Fiscal “mãe”, e todas essas notas foram submetidas à tributação junto à denúncia espontânea pretérita à presente autuação, demonstrando, assim, a latente boa-fé da autuada e seus sócios.

Todas as operações questionadas pelo fisco foram classificadas no código 1. Seguindo a lógica da impugnante, são “orçamentos” que não foram concretizados em venda, sendo cancelados. Como então a relação pode conter **“operações que deveriam ser tributadas” e estas terem sido consideradas na Autodenúncia?** A contradição entre suas afirmações é evidente.

Teria o contribuinte, por mera liberalidade, contabilizado em seu TA e consequentemente tributado “orçamentos” que não se concretizaram?!

A resposta é NÃO, ele não fez isto. Todos os lançamentos sob o código 1 da coluna “cdpedidoventasituacao” de fato ocorreram, houve a saída de mercadoria. Na coluna “J” (cdpedidoventasituacao), o código associado a descrição “cancelada” (coluna K) é o Código 4, como podemos ver no “print” abaixo, extraído do banco de dados do contribuinte:

(...)

Estas operações canceladas logicamente não foram consideradas pelo fisco para fins de apuração da base de cálculo do Auto de Infração.

Portanto, reiteramos, com convicção, que a impugnante falta com a verdade ao afirmar que pedidos associados ao código 1 na coluna “pedidoventasituacao” foram cancelados.

É verdade que muitas vezes diversos pedidos da situação 1 eram englobados e posteriormente gerava-se um novo pedido, em nome da empresa “parceira”, que iria realizar o aceite no sistema RECOPI. Este novo pedido refletia o total das mercadorias saídas sem nota fiscal. Era associado ao código 2, e gerava a emissão de uma nota fiscal graciosa, sempre sob abrigo da imunidade.

Muitas destas notas fiscais realmente foram objeto do TA, mas o importante é deixar claro que o código 1 NÃO se refere a operações canceladas, e sim a operações realizadas sem a devida emissão de documento fiscal.

Lembramos que os valores da Autodenúncia foram considerados pelo fisco, tendo sido abatidos da base de cálculo do imposto quando da emissão do Auto de Infração.

Prosseguindo, a impugnante apresenta, à Fl. 120 um “print” da tela do software de gerenciamento utilizado pela empresa. Nela, a recorrente, mais uma vez com o intuito de confundir o órgão julgador, apresenta uma tela em que sublinha o campo “tipo de pedido de venda”. Aponta que este campo abre para o operador as opções “A vista BH”, “Convertedor”, “Entrega futura”, “Não usar – Convertedor”, “SP realizada” e “SP – Venda Futura”.

Na planilha Excel, estas opções aparecem na coluna “M”, denominada “descrição”. Esta é intimamente relacionada a coluna “L”, denominada “cdpedidoventatipo”, que pode apresentar os valores numéricos 1,2,5,7 ou 8, conforme pode-se verificar abaixo.

(...)

Estas duas colunas (L e M), apesar da denominação semelhante, não são as que foram utilizadas pelo fisco. Foram utilizadas as colunas “J” – “cdpedidoventasituação” e “K” – também intitulada “descrição”.

Como podemos ver a seguir, a coluna “J” abre ao operador as possibilidades 0 (que não foi utilizada no período), 1, 2 ou 4 (este sim, vinculado a operações canceladas).

(...)

O print abaixo (parte da planilha utilizada no Anexo 9 do AI) mostra que no período autuado ocorreram 14.957 operações utilizando-se o código 1 na coluna “J”. Em todas elas a coluna “K” (descrição) encontra-se vazia. Em todos estes registros na coluna “L” consta o valor 1, e na coluna “M” (descrição) a informação “**SP – Realizada**”.

(...)

Do banco de dados original (sem os filtros efetuados pelo fisco), constam neste período 18.537 operações registradas na coluna “J” com o código 2. Para elas existe o documento fiscal correspondente. Observe abaixo que, nestes casos, na coluna “K” consta a descrição “**Faturada**”. Na coluna “L” repete-se o código 1, e na coluna “M” repete-se a descrição “**SP-Realizada**”, como demonstrado a seguir.

(...)

Todas estas informações já eram do conhecimento do fisco no momento do lançamento, e já nos davam a certeza do ilícito praticado, nos permitindo quantificá-lo com precisão.

(...)

A seguir a impugnante alega que na planilha constante do Anexo 9 do AI existem lançamentos em duplicidade, o que levaria a um aumento indevido da base de cálculo. Tentando comprovar sua afirmação apresenta à Fl. 120 um print de parte da planilha, onde apresenta alguns registros, em tese, duplicados.

(...)

O filtro usado pela recorrente para separar tais registros foi feito em relação a apenas dois campos da planilha, a saber, Valor da operação e Destinatário. Não considerou os campos número do pedido “cdpedido” e “data” (dtpedidoavenda).

Analisando também estes campos, temos que todos os registros têm números de pedido diferentes (cdpedido). Além disto, todos eles ocorreram em datas diferentes, chegando a haver intervalo de 100 dias entre um e outro, como no caso dos pedidos 44.653 de 19/04/2017 e 48.517 de 28/07/2020.

Analisando o banco de dados, foi possível verificar também que alguns destes pedidos posteriormente vieram a fazer parte de notas fiscais graciosas diferentes, como veremos a seguir:

(...)

A autuada reúne vários pedidos (que chama de ‘reservas’) e gera um novo pedido (fictício), desta vez com código de “pedidoventasituacao” 2. Este novo pedido, sempre em nome de uma das empresas “parceiras”, irá dar origem a uma nota fiscal graciosa.

(...)

Reforçando o raciocínio informamos que os Danfes 38.735 e 39.252 são admitidos como graciosos pelo contribuinte, uma vez que foram incluídos no TA.

Portanto, fica claro que se tratavam de operações diferentes para um mesmo destinatário.

Lembramos ainda que como foi demonstrado acima, caso algum destes pedidos houvesse sido cancelado, ele teria recebido o código “4” na coluna J “pedidoventasituacao”, o que não ocorreu em nenhum dos casos.

Desta forma entendemos que se tratam de operações diferentes e que está correta a Base de Cálculo utilizada pelo fisco.

Prosseguindo, o contribuinte alega ainda que as irregularidades por ele cometidas foram sanadas através do TA apresentado. Esta afirmação também não é verdadeira, por dois motivos. Como demonstraremos a seguir, existem notas graciosas que acobertam toda a mercadoria saída sem nota fiscal em determinadas reservas, porém foram emitidas com um valor inferior ao valor total dos pedidos e existem notas fiscais graciosas que não fizeram parte do TA.

Como já foi citado acima, a empresa englobava várias operações realizadas sem nota fiscal, e gerava uma nota graciosa. Veremos abaixo um exemplo onde o tipo e a quantidade de mercadorias constantes da nota fiscal graciosa são iguais à soma dos pedidos. Porém, o valor da nota fiscal é inferior à soma dos valores dos pedidos.

(...)

Portanto, ao contrário do que alegou em sua defesa, o contribuinte não sanou todas as irregularidades cometidas através do referido termo, uma vez que existem notas fiscais graciosas que não foram relacionadas e existem notas fiscais graciosas que foram emitidas por um valor inferior ao real valor das mercadorias comercializadas.

(...)

Seguindo sua retórica defensiva, a impugnante segue tentando desqualificar o feito fiscal alegando que os “filtros utilizados pelo fisco são falaciosos” e que “todas as operações que ora são cobradas fizeram parte do Termo de Autodenúncia protocolado.

Isso não é verdade. Todas as operações comerciais que ora são cobradas não fizeram parte do Termo de Autodenúncia, como já comprovado nos autos. Desde o início do trabalho fiscal tivemos o cuidado de expurgar todas as operações constantes do TA da base de cálculo das operações irregulares apuradas.

Quanto aos “filtros”, vale lembrar que estes não têm o condão de alterar os dados contidos no banco de dados e planilhas do contribuinte. É, tão somente, uma ferramenta de busca e análise utilizada para reduzir o conjunto de registros e informações desnecessários, facilitando assim o trabalho através de uma melhor visualização dos dados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A codificação das operações constantes do banco de dados foi criada pelo próprio contribuinte através de sua empresa de TI.

(Grifos originais)

Assim, de todo o exposto, restou demonstrado que as operações em que o código utilizado foi o “2” existem documentos fiscais correspondentes, enquanto para as operações realizadas sob o código “1” não foram encontradas as devidas notas fiscais.

E, ainda, conforme explica a Fiscalização, os valores exigidos no presente lançamento não fizeram parte do citado Termo de Autodenúncia apresentado pela Autuada.

Nota-se, portanto, que o presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, e não em mera presunção, como alega a Defesa.

Corroborando a acusação fiscal, a Fiscalização, ao acessar o link de acesso ao manual online disponibilizado pelo desenvolvedor do software utilizado pela empresa (http://wiki.w3erp.com.br/wiki/M%C3%Bdulo_Faturamento#Processo_de_Venda), constatou a disponibilização para o usuário da funcionalidade que permite efetuar as vendas gerando uma nota fiscal ou não, sem que o empresário perca seu controle sobre o estoque e o “contas a receber”.

A Fiscalização apresenta print de telas do referido sistema, demonstrando a funcionalidade às fls. 230.

Assim, diante do conjunto probatório dos autos, verifica-se que se encontram corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da mesma lei, adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado artigo.

Não há que se falar na redução da multa isolada, em face do disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, uma vez que a apuração da infração não se deu com base exclusivamente em documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial e fiscal do contribuinte, mas sim, com base em informações e documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada.

Ao contrário do alegado pela Impugnante, software de gerenciamento não faz parte da escrita comercial. Ademais, conforme afirma o Fisco, além do banco de dados, a Fiscalização subsidiou-se em documentos extrafiscais apreendidos e em troca de mensagens eletrônicas copiadas de seus computadores.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUIU QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Noutro giro, a Impugnante contesta a inclusão dos Coobrigados no polo passivo argumentando que não houve qualquer tipo de fraude ou ilícito e que eventuais irregularidades por eles praticadas já foram objeto de denúncia espontânea.

Não obstante, de todo o exposto, verifica-se correta a inclusão no polo passivo da obrigação tributária, dos sócios-administradores da empresa autuada, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Registra-se que, 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 aos Coobrigados, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando permitiu a saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido.

Induidoso que os Coobrigados tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos, caracteriza a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

O TJ/MG, por unanimidade, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

[...] O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

Assim, correta a responsabilização tributária dos sócios-administradores no polo passivo da obrigação tributária.

Portanto, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pelas Impugnantes não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pelos Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Diego Andrade Vidal e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor), Bernardo Motta Moreira e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 08 de julho de 2021.

**Geraldo da Silva Datas
Presidente / Relator**

D

CC/MG