

Acórdão: 17.741/06/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010115841-06
Agravo Retido: 40.030117182-52
Impug./Agravante: Pronorte Distribuidora Ltda
Coobrigada: Progresso Transportes e Comércio Ltda
Proc. S. Passivo: Fernando José Dutra Martuscelli/Outros
PTA/AI: 01.000150051-09
Inscr. Estadual: 433.894487.0059
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. Prescindível a produção de prova pericial requerida para elucidação da controvérsia, caracterizando-se o pedido meramente protelatório, hipótese de descabimento prevista no inciso IV do art. 116 da CLTA/MG. Correto o indeferimento. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADO – ELEIÇÃO ERRÔNEA. Constatando-se ausência de fundamento legal para responsabilizar a Coobrigada pelo crédito tributário, impõe-se sua exclusão do pólo passivo.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Irregularidade apurada no confronto de arquivos magnéticos, regularmente copiados do sistema informatizado do Contribuinte, com sua escrita fiscal, verificada nos exercícios de 2002 a 2004, resultando nas exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso II, art. 55, da Lei 6.763/75, ajustada ao disposto no art. 2º da Lei 15.956/05. Infração caracterizada, com a ressalva do citado ajuste.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias ao desabrigo de notas fiscais, detectadas no confronto de documentos extrafiscais (controles paralelos em arquivos magnéticos) com a escrita fiscal, durante os exercícios de 2002 a 2004, resultando nas exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso II, art. 55, da Lei 6.763/75, ajustada ao disposto no art. 2º da Lei 15.956/05.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído Impugnação às fls. 830/865.

O Fisco, em manifestação de fls. 871/882, refuta as alegações da defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Novamente, comparece o Fisco aos autos, após interveniência da Impugnante em fase de vistas (fls. 952/954), aduz que esta, em vez de manifestar-se sobre os documentos juntados, ateu-se a investir contra a Manifestação Fiscal, em flagrante ofensa ao art. 98, caput, da CLTA.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 885, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 887/888 e juntada de documentos de fls. 889/937.

Posteriormente, baixa-se novamente os autos para adaptação da Multa Isolada do art. 55, II, da lei 6.763/75 ao disposto no art. 2º da lei 15.956/05, implicando na redução do crédito original total para R\$4.894.523,36.

DO RECURSO DE AGRAVO

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 956.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 972/982, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão.

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, em virtude de que os quesitos propostos às fls. 863/865, se respondidos, em nada contribuiriam ao desfecho da controvérsia.

Questiona-se a competência do Autuante para fiscalizar a empresa, alegando que ele não tem formação em ciências contábeis, quais procedimentos contábeis terão sido empregados na fiscalização e perguntas outras cujas respostas encontram-se nos autos. Tais quesitos não demandam exame, vistoria ou avaliação, conforme art. 114 da CLTA/MG.

O pedido tem caráter meramente protelatório, donde sua prescindibilidade.

A denegação de prova pericial fez-se motivada, diversamente do alegado, com alicerce no art. 116, IV, da CLTA/MG, em hipótese alguma obstaculando a defesa.

Dessa forma, correto o indeferimento do pedido de prova pericial.

2. Da incompetência do agente para efetuar o lançamento

Preâmbulo rotineiro de defesas elaboradas pelo escritório de advocacia contratado pela Impugnante é a alegação de nulidade do AI, a pretexto de que o fiscal atuante não possui formação superior contábil e, por conseqüência, não se acha capacitado a produzir o lançamento.

Se de outras vezes não logrou sucesso, desta não será diferente.

O Decreto-lei invocado pela Impugnante (9.205/46) apenas criou o Conselho Federal de Contabilidade e definiu as atribuições do Contador e do Técnico em Contabilidade.

O próprio CTN, no art. 194, prescreve que a legislação tributária é quem deve regular a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Eis que a Lei 6.763/75, em seu art. 201, estabelece a competência para fiscalizar:

Art. 201 - A fiscalização tributária compete à Secretaria da Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

§ 1º - Compete exclusivamente aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais e aos Fiscais de Tributos Estaduais o exercício das atividades de fiscalização e de lançamento do crédito tributário.

Não se conhece qualquer dispositivo legal que atribua a competência de fiscalizar e efetuar o lançamento de tributo de ofício a contabilista ou que a restrinja a servidor fiscal com formação superior em Ciências Contábeis.

A investidura em cargo público efetivo depende de aprovação em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo, na forma prevista em lei. Logo, é a lei do Estado de competência para instituir e cobrar o tributo que estabelece quais requisitos são necessários ao servidor competente para o exercício da atividade fiscalizatória e de lançamento de crédito tributário. Além do mais, não se olvide a disposição do CTN (art. 142) que atribui competência privativa à autoridade administrativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento. Na mesma linha seguem o art. 188 do RICMS e o art. 45, § 2º da CLTA/MG.

Improcedente a nulidade suscitada sob este fundamento.

3. Da Coobrigação

Lavrando o AI, o Fisco nomeou a empresa Progresso Transportes e Comércio Ltda. como coobrigada pelo crédito tributário, sob fundamento de que as duas empresas funcionavam no mesmo prédio (esquina da Rua Bário com a Avenida Presidente Kennedy, no Bairro Edgar Pereira) e registravam suas operações comerciais utilizando-se de um mesmo programa e um único computador. Disse ainda que a consideração da escrita fiscal desta empresa beneficiou a Autuada, e por isso imputou-lhe co-responsabilidade.

A coobrigação resulta de solidariedade e esta de lei. A única hipótese legal que se vê para a imputação desta solidariedade passiva seria, na espécie, a configuração de situação prevista no art. 21, XII, da lei 6.763/75, ou seja:

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 concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

Ao que transparece, imputar responsabilidade solidária a uma pessoa jurídica com base nesse inciso soa muito estranho, porque o motivo seria ato ou omissão, cuja autoria implica prática por um ser concreto e não abstrato. No caso, quem responde pela Coobrigada são os mesmos proprietários da Autuada, logo, não faz sentido esta imputação. De mais a mais todos os estabelecimentos de um mesmo contribuinte respondem pelo crédito tributário obrigado por um deles:

Art. 24 - (...)

§ 2º - Todos os estabelecimentos do mesmo titular serão considerados em conjunto, para efeito de responder por débito do imposto, acréscimos de qualquer natureza e multas.

Pode até ser a situação do art. 124, I, do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Isto, todavia, não restou provado, razão pela qual exclui-se a Coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária.

4. De outras alegações preliminares

Quer a Impugnante que o lançamento seja nulo por não observância dos procedimentos regulares que o precedem. Os arquivos eletrônicos teriam sido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

capturados antes de lavratura de TIAF, portanto, não estando o Contribuinte sob ação fiscal e que se fizera mediante coação, com utilização de força policial, ante mera requisição verbal, que poderia ser recusada e exigida requisição formalizada por escrito.

Em visita à empresa autuada, o Fisco procedeu à copiagem de arquivos eletrônicos que se prestaram ao levantamento da irregularidade imputada ao sujeito passivo. Isso se deu em 10/05/2004, um ano antes da lavratura de TIAF. Obviamente não se podia falar ainda em início formal de ação fiscal, o que não invalida as informações obtidas com a medida. Na verdade, como dispõem os artigos 47 da CLTA/MG, 190 e 193 do RICMS/02, constitui obrigação do contribuinte disponibilizar ao Fisco livros, documentos e arquivos eletrônicos que contenham informações comerciais e fiscais, desde que solicitação exista, ainda que verbal:

CLTA

Art. 47 - Os livros e documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição e entrega obrigatória ao fisco estadual, não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da obrigação de entregá-los ou exibi-los, ou limitativa do direito de examiná-los.

RICMS/02

Art. 190 - As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, programas e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando. (Grifo apostro)

Art. 193 - Os livros, meios eletrônicos e os documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição e entrega obrigatórias ao Fisco Estadual, não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da obrigação de entregá-los ou exibi-los, ou limitativa do direito de examiná-los, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº 13.515, de 7 de abril de 2000, observado o seguinte:

I - se os livros, meios eletrônicos e os documentos não forem exibidos após requisição verbal, a autoridade que os tenha exigido intimará, por escrito, o contribuinte ou o seu representante a exibi-los no prazo definido na intimação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Intimação por escrito é procedimento previsto para a hipótese de recusa de cumprimento de requisição verbal.

No caso dos autos, mui diversamente da alegação não provada de que houve coação, o Fisco fez a copiagem dos arquivos eletrônicos, inclusive com autorização do sujeito passivo, como se vê às fls. 808/810, ocasião em que não houve qualquer embaraço e, em consequência, nenhuma pressão ou emprego de força policial. Aliás, assegura o Fisco que o policial sequer adentrou ao recinto do Contribuinte.

Ausente qualquer incidente quando do procedimento fiscal de copiagem. Segue-se que após a diligência, foi entregue ao Contribuinte disquete com listagem dos arquivos copiados e validação. O que o Fisco fez foi copiar os arquivos eletrônicos e não apreender os equipamentos. Obviamente os arquivos originais ficaram em poder do Contribuinte, não foram deletados. Mantendo consigo os arquivos originais, não tem cabimento arguição de cerceamento do direito de defesa por não recebimento de cópia dos arquivos copiados.

Ocorrendo atendimento de requisição verbal, sem coação, sem uso de força policial, desnecessária faz-se intimação escrita. Poderia o sujeito passivo, se quisesse alegar a ausência do TIAF em seu favor, ter-se valido do tempo que medeia 10/05/2004 a 09/05/2005, esta última data correspondente ao recebimento do TIAF 136089 (fls. 03), para oferecer denúncia espontânea. Não o fez. A lavratura do TIAF um ano após teria apenas beneficiado ao infrator, o mesmo acontecendo em eventual omissão de consignação, no RUDFTO, da data do início da ação fiscal.

Outra alegação proferida pela Autuada e não provada é de que os Anexos I a III do AI não conferem com os arquivos originais, sendo resultado de processamento de dados. Bem esclarece o Fisco, não aconteceu alteração de qualquer dado, apenas inserção de subtotais mensais.

De concluir-se que, salvo a questão da coobrigação imposta à empresa Progresso Transportes e Comércio Ltda., nenhuma outra alegação preliminar merece acolhida.

DO MÉRITO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias ao desabrigo de notas fiscais, irregularidade detectada nos exercícios de 2002 a 2004, mediante o confronto de arquivos magnéticos copiados no estabelecimento Autuado com sua escrita fiscal, resultando nas exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso II, art. 55, da Lei 6763/75, ajustada ao disposto no art. 2º da Lei 15.956/05.

Quanto ao mérito, o sujeito passivo restringiu-se a negar infração aos dispositivos apontados e a pedir a redução da MI de 40% para 20%.

De simples explanação sobre o trabalho fiscal em si torna-se factível concluir pela confirmação da infração e propriedade da MI imposta, posteriormente ajustada ao limite determinado pela lei 15.956/05.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Anexo V (a partir de fls. 802) contém um relatório que explicita, de maneira mui precisa, todo o procedimento fiscal resultante na detecção da irregularidade imputada ao sujeito passivo e apuração do crédito tributário.

Quando da visita ao estabelecimento do Contribuinte, verificou-se que no computador PRONORC7 fazia-se, através do mesmo programa, SIAC, o gerenciamento conjunto das duas empresas, PRONORTE e PROGRESSO. Encontrou-se duas bases de dados, uma denominada “SIAC” e outra “2004”, ambas na unidade F do micro. Na pasta “SIAC”, analisou-se o arquivo FATURA.DBF e constatou-se que correspondia exatamente às entradas e saídas devidamente escrituradas de ambas as empresas, sendo que a PRONORTE estava identificada pelo código “01” e a PROGRESSO pelo código “05”, conforme arquivo EMPRESAS.DBF, impresso às fls. 805.

Na pasta “2004”, analisou-se o arquivo “CR.DBF”, contendo todas as operações de entradas e saídas de ambas as empresas, tanto aquelas escrituradas em livros fiscais quanto outras mais. A estrutura desse arquivo permite identificar todas as operações de saída (“S”) por empresa (código 01 ou 02). Assim, cruzou-se os dois arquivos, “CR.DBF” x “FATURA.DBF”, verificando apenas as saídas. O resultado foi o arquivo “exclusões”, presente nos autos às fls. 758/801, Anexo IV ao AI, correspondente a todas as saídas do CR.DBF que possuíam correspondentes no FATURA.DBF, logo, tinham sido escrituradas. Restou, portanto, o que veio a dar origem, por exercício, aos Anexos I, II e III, fls. 12/757, representando as saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Segundo o Autuante, todas as saídas desacobertas estavam identificadas pelo código 01, por conseguinte, correspondendo a operações efetuadas pela PRONORTE, razão porque apenas a ela foram atribuídas as irregularidades. Isso fica patente em esclarecimento do Fisco às fls. 888 (letra “d”).

Os valores mensais de saídas não oferecidos à tributação foram levados à planilha de fls. 09 para receberem a alíquota média mensal, também ali apurada com base nos valores de saída e tributo regularmente escriturados, conforme se verifica no LRS (cópia às fls. 889/923). Apurados os valores mensais não recolhidos, em vez de exigi-los diretamente, foram carreados à conta gráfica do Contribuinte (fls. 10/11), para, finalmente, comporem o crédito tributário.

Sobre o montante de saídas sem notas aplicou-se a MI do art. 55, II, da lei 6.763/75, 40%, que a Impugnante implora seja reduzida a 20%. A teor de tal dispositivo, não cabe a redução pleiteada, porque a apuração da irregularidade não se fez exclusivamente com base em “documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte”, mas, como visto, em controles paralelos de operações mercantis, considerados documentos extrafiscais.

Não sobeja acrescer que o valor da multa isolada foi ajustado a 2,5 vezes o imposto exigido, conforme determina o art. 2º da lei 15.956/05 (fls. 967), o que implicou em reduzir o montante do crédito tributário original para R\$4.894.523,36.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em suma, o procedimento fiscal desmerece ressalva e, ao que se afigura, sustenta as exigências, porque pautado na legalidade.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento, ressalvada a exclusão da Coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária, além da adequação da Multa Isolada à limitação prevista no artigo 2º da Lei 15956/05.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negou-se provimento ao Agravo Retido. Ainda em preliminar, também à unanimidade, rejeitaram-se as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento, nos termos da redução da Multa Isolada realizada pelo Fisco às fls. 967, com fulcro no §2º, do art. 55, da Lei 6763/75, e ainda para excluir a Coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor), André Barros de Moura e Lúcia Maria Bizzotto Randazzo. Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. Fernando José Dutra Martuscelli e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Elcio Reis.

Sala das Sessões, 31/08/06.

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente/Relator**