

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.268/11/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000167732-66
Impugnação: 40.010128850-61
Impugnante: Comércio e Indústria Ray e Maria Ltda
IE: 546113671.00-34
Coobrigado: Ray Lucas de Lacerda Campos
Warley Magno Pereira
Marco Túlio de Souza
Proc. S. Passivo: Júlio César Baêta Neves/Outro(s)
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-3

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADO. Correta a inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6763/75. No entanto, a responsabilidade atribuída aos Coobrigados deve restringir-se à parcela do crédito tributário decorrente de fatos geradores ocorridos no período em que participaram da sociedade como sócios administradores ou sócios gerentes, conforme alterações contratuais.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes nos arquivos e pedidos, regularmente apreendidos, com as notas fiscais emitidas no mesmo período, em que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação, art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c o § 2º, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Trata a autuação de recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/05 a 28/02/10, decorrente de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Irregularidade apurada por meio do confronto de documentos extrafiscais (arquivos eletrônicos e pedidos), devidamente apreendidos, conforme Termo de Apreensão (TA - fls. 1.036) e Autos de Copiagem e Autenticação de Documentos Fiscais realizados em 04/05/10 (fls. 1.038/1.042), com os registros de notas fiscais de saídas emitidas, conforme demonstrado no Anexo 1 (fls. 25/135).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação (50% do valor do imposto) prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Para o cálculo do ICMS, sobre o valor dos documentos extrafiscais para os quais não houve emissão de nota fiscal, a Fiscalização aplicou a redução da base de cálculo prevista no item 17, Anexo IV do RICMS/02, tendo sido utilizados os multiplicadores opcionais para cálculo do ICMS devido (4,1%, 5,6% e 7%).

O processo encontra-se instruído com Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 02); Termo de Intimação (fls. 03/04); Relatório Fiscal (fls. 05/08); Auto de Infração - AI (fls. 09/10); Recibos (fls. 11/13); Ofício DF/BH – 3/Nº 117/2010 (fls. 14); AR (fls. 15); Ofício DF/BH – 3/Nº 118/2010 (fls. 16); AR (fls. 17); Procuração (fls. 18/19); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 20/23); Anexo I – Planilha contendo relação das saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais apuradas mediante pedidos sem a correspondente emissão de Notas Fiscais (fls. 25/135); Anexo II – Tabela Auxiliar do Anexo I – tabela de Clientes – número e dados cadastrais (fls. 137/174); DVD –R contendo “cópia de arquivos apreendidos no contribuinte Parceria Ind. e Com. de Injeção de Alumínio e Borracha Ltda (fls. 175); cópia dos livros Registro de Saídas (fls. 176/400); cópia dos livros Registro Apuração do ICMS (fls. 401/561); pedidos (amostragem) documentos comprobatórios relativos ao Anexo I (fls. 562/973); pedidos para os quais o Contribuinte emitiu nota fiscal (amostragem) (fls. 974/1076); demais documentos anexados ao PTA (fls. 1017/1077).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação de fls. 1.078/1.092 apresentando documentos às fls. 1.093/1.108, nos seguintes termos, em síntese:

- requer, em preliminar, o arquivamento do PTA por insubsistência ou a elaboração de novo crédito tributário com base no art. 95 do RPTA/MG, sob o fundamento de equívocos na exteriorização do ato administrativo;

- requer, também, a nulidade do Auto de Infração pelo fato de o prazo do AIAF ter expirado e dos documentos terem sido apreendidos em sede de outro contribuinte, além da ausência de representante da empresa Impugnante na lavratura dos autos de apreensão e deslacramento de pastas e arquivos;

- argumenta que o AIAF nº 10.100000837-10 é datado de 07/06/10, tendo se expirado o prazo de validade de 90 (noventa) dias quando do recebimento do Auto de Infração;

- alega que os documentos que embasaram os trabalhos fiscais foram apreendidos na sede da empresa Parceria Indústria Comércio Injeção de Alumínio e Borracha Ltda, com IE, CNPJ e sede distintos da Autuada;

- sustenta que os representantes da Impugnante não assinaram os Termo de Apreensão e Termo de Deslacrção, sendo o Sr. Ronie Louzada Laine, subscritor de tais documentos, estranho ao seu quadro societário;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- contesta a veracidade das informações constantes nos documentos apreendidos;
- requer, ainda, relativamente aos arquivos eletrônicos apreendidos, a nulidade da prova, em razão da desconformidade do código gerado na apreensão do arquivo eletrônico identificado como “Parc_Pem.img.dd”;
- solicita que seja declarada a decadência em relação aos fatos geradores anteriores a 01/12/05, conforme art. 150, § 4º do CTN;
- alega que, ainda que o conteúdo dos documentos e arquivos pudesse ser utilizado, para a constituição do crédito tributário é necessária a certeza da ocorrência do fato gerador que, no caso, não ocorreu;
- aduz que a existência de documentos e arquivos não é suficiente para se presumir a realização do fato gerador, ainda mais quando não há assinatura, vinculação à forma de pagamento e recibo de entrega de mercadorias;
- diz que a Fiscalização deveria ter buscado a verdade material por outras formas e cita o art. 194, VI do RICMS/02 (aplicação de índices técnicos);
- afirma que não foi oportunizado à Contribuinte o contraditório e a ampla defesa;
- comenta sobre o Auto de Infração nº 01.000166213-85 lavrado contra a Impugnante, descreve as irregularidades relatadas nessa peça fiscal e finaliza alegando que, “a fiscalização concluiu que não houve a aquisição de insumos nem para as vendas escrituradas, como haveria insumos para fabricar a quantidade de produtos que considerou vendidos sem documento fiscal?”;
- cita legislação e jurisprudência sobre presunção e arbitramento, afirmando que a Fiscalização utilizou a técnica de arbitramento no lançamento de ofício realizado;
- alega, também, que a Fiscalização não considerou os créditos da Contribuinte, conforme prevê a sistemática do tributo e o princípio da não cumulatividade, frisando que, a quase totalidade dos créditos da Impugnante foram estornados no Auto de Infração nº 01.000166213-85;
- defende a improcedência da desproporção do valor da multa isolada aplicada com fundamento no art. 55, II da Lei nº 6.763/75;
- acrescenta que a multa isolada no valor exigido é resultado da aplicação do percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor total das operações, conforme valor arbitrado, ferindo o critério estipulado no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, que dispõe que esta não pode ultrapassar duas vezes e meia o valor do tributo devido;
- requer a nulidade do Auto de Infração e da prova que o fundamentou;
- solicita que, na hipótese do não acolhimento da tese de defesa, seja revisto o lançamento, a fim de ser realizada a recomposição da conta gráfica e considerados os créditos relativos aos insumos, bem como seja revisada a multa isolada, com fundamento no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Protesta pela juntada de novos documentos.

A taxa de expediente foi recolhida conforme DAE de fls. 1.094.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 1.118/1.130, refuta as alegações da defesa aos seguintes argumentos, em síntese:

- entende que o fato de não renovação do AIAF não tem o condão de anular o auto de infração tendo em vista a previsão legal contida nos §§ 3º e 4º do art. 70 do RPTA/MG;

- explica que, com fulcro no § 3º do art. 70 do RPTA, dando continuidade aos trabalhos fiscais, necessitou prorrogar o AIAF por mais tempo; tal prorrogação procedeu-se automaticamente, uma vez que o Fisco mineiro inicialmente efetuou a auditoria das operações de entradas da Contribuinte que resultou na lavratura Auto de Infração nº 01.000166213-85, para, em seguida, efetuar a verificação das operações de saídas, confrontando-as com enorme quantidade de pedidos que foram objeto de apreensão, bem como com os arquivos eletrônicos igualmente apreendidos;

- afirma que na manifestação fiscal referente à Impugnação do Auto de Infração nº 01.000166213-85, a Fiscalização cuidou de informar que os documentos fiscais do contribuinte encontravam-se em poder da Repartição Fazendária, uma vez que a ação fiscal das operações de saídas encontravam-se em andamento, não tendo sido concluída até aquela data, conforme restou consignado no Acórdão nº 19.886/11/03;

- quanto à alegação da Impugnante de nulidade do Auto de Infração, vez que os documentos que embasaram o trabalho fiscal foram apreendidos na sede de outro contribuinte, que os representantes da empresa não assinaram os Termos de Apreensão e de Deslacrção e que o subscritor de tais documentos, Sr. Ronie Louzada Laine, é estranho ao quadro societário da Autuada, destaca que a verificação fiscal iniciou-se com a apreensão de 27 (vinte e sete) caixas contendo documentos, efetuada em diligência à empresa Parceria Indústria e Comércio de Inj. de Alumínio e Borracha Ltda, I.E. 546228913.00.19, ocorrida em 04/05/10, conforme TA de fls. 1036;

- informa a Fiscalização que, quando do deslacramento das referidas caixas constatou-se a existência de diversos documentos pertencentes à Autuada e ao contribuinte 2RL Comércio e Indústria de Bombas Hidráulica Ltda, por isso até aquela data, os documentos foram assinados por representantes da empresa Parceria Indústria e Comércio de Inj. de Alumínio e Borracha Ltda;

- diz que vários dos representantes da Autuada e da empresa Parceria são as mesmas pessoas, descrevendo minuciosamente a relação entre as pessoas que assinaram os documentos referentes à autuação, como procuradores, sócios, contador, etc;

- conclui que, observando-se o quadro societário das três empresas mencionadas, fica claro que pertencem ao mesmo grupo familiar;

- salienta que apesar de intimada a apresentar o contrato social e suas alterações (fls. 02), a Autuada somente apresentou ao Fisco as 9ª e 11ª Alterações Contratuais, de fls. 1069/1075, das quais não consta o Sr. Ronie como sócio;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- sustenta que outra comprovação do vínculo existente entre a Autuada e empresa Parceria, trata-se de documento do contribuinte Parceria Indústria e Comércio Ltda, na qual o seu diretor, Sr. Ronie Louzada Laine, em 01/03/10, nomeia procurador (fls. 1068);

- acrescenta o fato de que a Autuada e a empresa Parceria comercializam as mesmas mercadorias;

- apresenta contradições entre as argumentações constantes da peça de defesa sob análise e os referentes à Impugnação apresentada ao Auto de Infração nº 01.000166213-85;

- quanto à nulidade da prova requerida, relativamente aos arquivos eletrônicos apreendidos, em razão da desconformidade do código gerado na apreensão do arquivo eletrônico identificado como “Parc_Pem.img.dd”, uma vez que o código gerado no “Auto de Copiagem e Autenticação de Documentos Digitais”, com “Data/Hora criação: 04/05/10 teria sido modificado, alega a Fiscalização que, uma vez sanada a divergência quanto ao código, não há que se contestar a veracidade das informações constantes nos arquivos apreendidos, ficando prejudicado o pedido de nulidade da prova, uma vez que não houve qualquer alteração no código MD5 da citada imagem constante do Auto de Copiagem e Autenticação de Documentos Digitais, gerado em 04/05/10, na operação fiscal realizada no contribuinte Parceria Indústria e Comércio de Inj. de Alumínio e Borracha Ltda;

- com relação ao mérito destaca que, submetida à Verificação Fiscal Analítica das operações de saídas, conforme item “e” do Relatório Fiscal de fls. 05 a 08 constatou-se a irregularidade apurada no presente PTA;

- no que se refere à decadência alega que o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, relativo ao exercício de 2005, somente expirará em 31/12/10, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido em 2005, considerando que a Contribuinte e os Coobrigados receberam o Auto de Infração no período de 01/12/10 a 13/12/10;

- destaca que consta no Relatório Fiscal (fls. 07) citação de 3 (três) tabelas apreendidas, dentre outras, que foram utilizadas para realizar os levantamentos: são elas “cli_ca”; “nf_imp”; “ped_ve”;

- informa que as tabelas apreendidas continham uma quantidade muito grande de informações, dispostas em 107 tabelas, que demonstram as movimentações financeiras, vendas, pedidos, cadastros de clientes e fornecedores, da empresa autuada, conforme descrito no item 7.2.3 do relatório do NAD/BH (fls. 1050);

- diz que, na busca da verdade material, foi necessário filtrar muito bem tais arquivos e pedidos apreendidos, de modo a excluir um número expressivo de pedidos, até chegar-se àqueles discriminados nos Anexos I e II, que se referem a operações cujas naturezas constituem fatos geradores de ICMS, que não foram canceladas e, para as quais, não se localizou a correspondente nota fiscal de saída emitida;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destaca que para a determinação da base de cálculo do ICMS, sobre o valor do pedido constante nos arquivos apreendidos foi aplicada a redução da base de cálculo prevista no RICMS/02, no item 17 da Parte 1 do Anexo IV;

- salienta que os documentos extrafiscais apreendidos, refletiam a realidade dos fatos, em função de sua riqueza de detalhes, sendo considerados como provas irrefutáveis do ilícito fiscal;

- afirma que a Impugnante não apresentou qualquer evidência que as operações discriminadas nos Anexos I e II não se efetivaram;

- ressalta que ao contrário do alardeado na impugnação, em momento algum, a Fiscalização utilizou-se de presunção ou arbitramento para apurar as saídas desacobertadas;

- diz que os procedimentos de análise da escrita fiscal, dos documentos fiscais e subsidiários (pedidos e arquivos eletrônicos apreendidos), são tecnicamente idôneos e reconhecidos no art. 194 do RICMS/02;

- destaca que no presente caso não caberia a utilização de aplicação de índices técnicos como pretende a defesa;

- discorda da alegação de que não teria sido oportunizado à Contribuinte o contraditório e a ampla defesa;

- no que tange ao Auto de Infração nº 01.000166213-85 lavrado contra a Impugnante em 25/07/10, informa que o motivo dos estornos de crédito do AI mencionado não corresponde ao mencionado na impugnação ora analisada que, “a fiscalização concluiu que não houve a aquisição de insumos nem para as vendas escrituradas, ...”;

- com relação à recomposição da conta gráfica postulada na peça defensiva, sustenta que no presente caso aplica-se a regra do art. 89 do RICMS/02, citando o Acórdão nº 2.952/04/CE para corroborar o seu entendimento;

- quanto à multa isolada aplicada, esclarece que, pela análise da citação de fls. 05 (MI = R\$ 3.807.315,92, do § 2º art. 55, da Lei nº 6.763/75), pela coluna “Observação referente à MI cobrada” do quadro de fls. 006, como também pela penalidade discriminada no AI às fls. 10, verifica que para cálculo da citada penalidade foi considerado o critério estipulado no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75;

Conclui que restou comprovada a inobservância por parte da Autuada das normas aplicáveis à matéria, bem como a correta aplicação da penalidade prevista.

Requer a procedência do lançamento.

Da juntada de documentos

Conforme documentos de fls. 1.151/1.158 a empresa autuada e os Coobrigados são intimados da juntada de documentos pela Fiscalização (fls. 1.136/1.149), nos termos do art. 140 do RPTA/MG.

Às fls. 1.164/1.172 a empresa autuada se manifesta.

A Fiscalização se manifesta às fls. 1.174/1.176.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG apresenta seu Parecer de mérito, opinando, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas de cancelamento e nulidade do Auto de Infração e no mérito, pela procedência parcial do lançamento para restringir a responsabilidade atribuída aos Coobrigados (sócios administradores) à parcela do crédito tributário cujos fatos geradores tenham ocorrido no período em que os mesmos participaram da sociedade como sócios administradores ou sócios gerentes, conforme alterações contratuais.

DECISÃO

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

Das Preliminares

Nulidade do Auto de Infração por falta de renovação do AIAF

Entende a Impugnante que o Auto de Infração deve ser anulado pelo fato de a Fiscalização não ter renovado o AIAF (Auto de Início de Ação Fiscal).

Todavia razão não lhe assiste conforme se verá.

Destaque-se que o exercício do poder público está condicionado a limites constitucionais, legais e regulamentares, sendo de sua essência a formalização dos atos administrativos, inclusive os atos administrativos tributários.

Daí a exigência contida no art. 196 do Código Tributário Nacional (CTN) para que a Autoridade Administrativa, ao proceder ou presidir quaisquer diligências, lavre o termo, ou os termos necessários, para que se documente o início do procedimento específico que se julgou adequado ao caso concreto, observados forma e procedimentos estabelecidos na legislação:

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Exigiu-se também que seja determinado, na legislação respectiva, o prazo máximo para conclusão da diligência, mesmo porque as relações jurídicas tributárias não podem se perpetuar no tempo.

Em atenção à determinação contida no CTN, o legislador estadual mineiro estabeleceu que as diligências que caracterizem procedimentos fiscais para preparação do lançamento sejam formalizadas por termos, entre estes, o Auto de Início de Ação Fiscal.

A legislação mineira estabeleceu expressamente o prazo para conclusão das diligências de preparação para o lançamento, formalizadas pelo AIAF, 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 90 (noventa), conforme determinado no § 3º do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 70 do RPTA - Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Neste diapasão, vale destacar a legislação aplicável acerca dos procedimentos preparatórios ao lançamento em apreço, notadamente o art. 69 e §§ 3º e 4º do art. 70 do RPTA, senão veja-se:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);

(...)

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

§ 1º A solicitação deverá ser cumprida pelo sujeito passivo imediatamente, ou no prazo estabelecido pela autoridade solicitante.

§ 2º Excepcionalmente, o Auto poderá ser lavrado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (RUDFTO), considerando-se intimado o sujeito passivo no ato da lavratura.

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por uma vez e por até igual período, pela autoridade fiscal, ou, automaticamente, por fatos que evidenciem a continuidade dos trabalhos, desde que justificável em razão da extensão ou complexidade das tarefas de fiscalização.

§ 4º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

Conforme sustentado na manifestação fiscal, com fulcro no disposto no § 3º, supracitado, a Fiscalização, dando continuidade aos seus trabalhos, necessitou prorrogar o AIAF por mais tempo.

Tal prorrogação procedeu-se automaticamente, uma vez que a Fiscalização inicialmente efetuou a auditoria das operações de entradas da Contribuinte, que resultou na lavratura Auto de Infração nº 01.000166213-85, para, em seguida, efetuar a verificação das operações de saídas, confrontando-as com enorme quantidade de pedidos que foram objeto de apreensão, bem como com os arquivos eletrônicos igualmente apreendidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaque-se que na manifestação fiscal referente ao primeiro Auto de Infração emitido (PTA nº 01.000166213-85), a Fiscalização cuidou de informar que os documentos fiscais da Contribuinte encontravam-se em poder da Repartição Fazendária, uma vez que a ação fiscal das operações de saídas estavam em andamento, não tendo sido concluída até aquela data, conforme restou consignado no Acórdão nº 19.886/11/03 referente a aquele PTA.

Ressalte-se, assim, que os fatos, por si só, já evidenciam a continuidade dos trabalhos de fiscalização, dada à extensão e complexidade das tarefas, considerando-se, portanto automaticamente prorrogado o AIAF para vigência para períodos subsequentes.

Por outro lado, a falta de renovação do AIAF, se fosse o caso, não tem o condão de gerar a nulidade da autuação.

Conforme disposto no art. 70, § 4º do RPTA, esgotado o prazo de validade do AIAF é devolvido ao sujeito passivo o direito à denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura do Auto de Infração, independentemente, de formalização de novo início de ação fiscal.

Desta forma, o presente lançamento se deu com a estrita observância de todos os preceitos legais e regulamentares que disciplinam a matéria, não havendo que se falar em descumprimento da norma insculpida no art. 70 do mencionado RPTA.

Diante disto, rejeita-se a nulidade arguida.

Nulidade do Auto de Infração tendo em vista que os documentos que embasaram o trabalho fiscal foram apreendidos em sede de outro contribuinte e que os representantes da empresa não assinaram os Termos de Apreensão e de Deslacrção.

Requer a Impugnante a nulidade do Auto de Infração tendo em vista que os documentos que embasaram o trabalho fiscal foram apreendidos em sede de outro contribuinte, que os representantes da empresa não assinaram os Termos de Apreensão e de Deslacrção e que o subscritor de tais documentos, Sr. Ronie Louzada Laine, é estranho ao quadro societário da Autuada.

Em substancial análise, a Fiscalização na Manifestação Fiscal, às fls. 1.122/1.124, refuta a nulidade supracitada, o que será aqui reproduzido.

Como a Fiscalização menciona no Relatório Fiscal (fls. 05/08), a verificação fiscal iniciou-se com a apreensão de 27 (vinte e sete) caixas contendo documentos, efetuada em diligência à empresa Parceria Indústria e Comércio de Inj. de Alumínio e Borracha Ltda, I.E. 546228913.00.19, ocorrida em 04/05/10, conforme Termo de apreensão - TA de fls. 1036.

Em 17/05/10, ocorreu o deslacramento das referidas caixas, conforme Termo de Deslacrção de fls. 1.053/1.054, quando se constatou a existência de diversos documentos pertencentes à Autuada, conforme discriminado nos itens 1, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 22, 23, 24, 25 e 28 do mencionado termo, e ao contribuinte 2RL Comércio e Indústria de Bombas Hidráulica Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, até aquela data, os documentos foram assinados por representantes da empresa Parceria Indústria e Comércio de Inj. de Alumínio e Borracha Ltda. Todavia, vários dos representantes da Autuada e da Parceria são as mesmas pessoas.

Assim, o Auto de Copiagem e Autenticação de Documentos Digitais com “Data/Hora criação: 04/05/10” e código Hash MD5 fe0df3c5904773ad1e98eb69c590b971 está assinado pela procuradora da Autuada, a Sra. Flávia Renata Vilela Caravelli (fls. 1.038).

Da mesma forma o Termo de Apreensão – TA (fls. 1.036), bem como o recibo de entrega de documentos (fls. 1.035) estão assinados pelo Sr. Ronam Coelho Marinho, igualmente procurador da Autuada, conforme procuração de fls. 1.076.

Posteriormente à data do Termo de Deslacração, o mesmo procurador assinou o AIAF (fls. 02), as declarações (fls. 1.032/1.034) e o Auto de Infração (fls. 09 e 10).

Já o Sr. José Roberto Carvalho, contador da Autuada e cadastrado na SEF/MG, acompanhou a abertura da documentação apreendida e assinou o Termo de Deslacração (fls. 1.053).

Ressalta-se que o Sr. José Roberto Carvalho é o contador das três empresas envolvidas na operação fiscal, conforme comprovam as telas do SICAF “Consulta Contabilista do Contribuinte”, acostadas às fls. 1.133/1.135.

Destaque-se, também, conforme as telas do SICAF “Consulta Todos os Sócios de um Contribuinte” (fls. 1.025, 1.028 e 1.031) que o Sr. Ronie Louzada Laine pertence ou pertenceu ao quadro societário tanto da empresa autuada e também das empresas Parceria Indústria e Comércio de Inj. de Alumínio e Borracha Ltda e 2RL Comércio e Indústria de Bombas Hidráulicas Ltda, constando como sócio administrador das duas primeiras.

Já o Sr. Raimundo de Campos Louzada faz parte dos quadros societários das empresas Parceria e 2RL (fls. 1.029 e 1.031).

Saliente-se que também constam deste grupo os sócios Laila Helena Lacerda Campos (fls. 1.025), Gustavo Louzada Torres (fls. 1.026), Rafael André Lacerda Campos (fls. 1.030), Rodrigo Louzada Laine (fls. 1.030) e Ray Lucas de Lacerda Campos (fls. 1.074).

Assim, observando-se a composição do quadro societário das três empresas mencionadas, fica claro que elas pertencem ao mesmo grupo familiar.

Ainda, nas telas “Consulta Todos os Sócios de um Contribuinte” (fls. 1.025) o Sr. Ronie Louzada Laine consta como sócio administrador da Autuada desde 22/12/00. Entretanto, apesar de intimada a apresentar o contrato social e suas alterações (fls. 02), a Autuada somente apresentou à Fiscalização as 9ª e 11ª Alterações Contratuais, de fls. 1.069/1.075, das quais não consta a citada pessoa como sócio.

Outra comprovação do vínculo existente entre a Autuada e empresa Parceria, trata-se de documento do contribuinte Parceria Indústria e Comércio Ltda, na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

qual o seu diretor, Sr. Ronie Louzada Laine, em 01/03/10, nomeia procurador (fls. 1.068).

Ademais, acrescente-se que tanto a Autuada quanto a empresa Parceria comercializam as mesmas mercadorias.

Ao contrário das argumentações constantes da peça de defesa sob análise, na impugnação apresentada referente ao outro Auto de Infração emitido (PTA nº 01.000166213-85), a Impugnante, por meio do mesmo procurador desta, apresenta as seguintes alegações, conforme consta do item “da Impugnação” do Acórdão 19.886/11/3ª, senão veja-se:

- QUE OS DOCUMENTOS FISCAIS QUE ACOBERTAVAM AS OPERAÇÕES AUTUADAS FORAM ROUBADOS DA EMPRESA EM 06/01/2009, CONFORME BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL REDS 2009-000006254-001 (CIAP/P-2009-00473 A), ÀS FLS. 1055 A 1064, SENDO ESTE O MOTIVO DO NÃO ATENDIMENTO DA INTIMAÇÃO DO FISCO PARA APRESENTAÇÃO DAS 1ªS VIAS DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS;
- QUE, RELATIVAMENTE A ESTE FATO, O CONTRIBUINTE PROCEDEU CONFORME DETERMINA O ART. 96, DO DECRETO 43080/2002, NÃO CABENDO A COBRANÇA DE ICMS NAS OPERAÇÕES ACOBERTADAS POR DOCUMENTOS FURTADOS;
- QUE, EMBORA NÃO CONSTE A IMPUGNANTE COMO ENVOLVIDA NO BO, VERIFICA-SE QUE O LOCAL DO ROUBO É O ENDEREÇO DE SUA SEDE, QUE TAMBÉM É SEDE DO CONTRIBUINTE PARceria INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CITADO NO DOCUMENTO POLICIAL;
- QUE HÁ, CONTUDO, DIFERENÇA DE NUMERAÇÃO, SENDO QUE A IMPUGNANTE TEM O Nº 25 E A EMPRESA PARceria O Nº 14;
- QUE AMBAS AS EMPRESAS TÊM COMO SÓCIOS GERENTES OS IRMÃOS RAY LUCAS LACERDA CAMPOS (IMPUGNANTE) E RAIMUNDO DE CAMPOS LOUZADA (PARceria), CONFORME CONTRATOS SOCIAIS APRESENTADOS;
- COMO PROVA QUE AS EMPRESAS FUNCIONAM NO MESMO LOCAL, CITA QUE, NA DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO REALIZADA PELO FISCO NA EMPRESA PARceria INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE INJ. DE ALUMÍNIO E BORRACHA LTDA, FORAM APREENDIDOS DIVERSOS DOCUMENTOS DA IMPUGNANTE, QUE ENSEJARAM A AUTUAÇÃO CONSTANTE DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 01.000166213-85;
- QUE CONSTA COMO OBJETO DO ROUBO, NO BOLETIM DE OCORRÊNCIA CITADO, “DOCUMENTOS FISCAIS DIVERSOS”. (GRIFOU-SE).

Assim, rejeita-se a preliminar arguida.

Nulidade da prova

Relativamente aos arquivos eletrônicos apreendidos, requer a Impugnante a nulidade da prova, em razão da desconformidade do código gerado na apreensão do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arquivo eletrônico identificado como “Parc_Pem.img.dd”, uma vez que o código gerado no “Auto de Cópia e Autenticação de Documentos Digitais”, com “Data/Hora criação: 04/05/10” teria sido modificado.

A Impugnante na peça impugnatória cita que o código Hash MD5 fe0df3c5904773ad1e98eb69c5990b97 teria sido modificado para fe0df3c5804773ad1e98eb69c590b971, conforme identificado no “Recibo” datado de 25/11/2010 (fls. 011) e outros documentos constantes do PTA.

O código correto é aquele mencionado no “Auto de Cópia e Autenticação de Documentos Digitais” (fls. 1.038), ou seja, fe0df3c5904773ad1e98eb69c590b971.

A Impugnante acrescentou mais um algarismo 9 quando mencionou o código. Por sua vez, o Núcleo de Auditoria Digital (NAD/BH), quando da elaboração do **Relatório Técnico – 015/10, de fls. 1.046 a 1.052**, substituiu um algarismo 9 por um algarismo 8.

De fato, diante da complexidade do algoritmo MD5, composto de 32 (trinta e dois) caracteres alfanuméricos, ambos cometeram uma falha quando da reprodução do código.

Também a Fiscalização citou no Relatório Fiscal e nos recibos de fls. 11 e 12 o mesmo código do relatório do NAD/BH.

Visando sanar tal equívoco, o Núcleo de Auditoria Digital emitiu o Relatório Técnico – 015/10 – ERRATA, em 27/01/11, fls. 1.131. **Neste documento o (NAD/BH) afirma que foi conferido o código HASH da imagem “Parc_Pem.img.dd”, e que o mesmo confere com o constante no Auto de Cópia e Autenticação de Documentos Digitais, gerado em 04/05/10, ou seja, é fe0df3c5904773ad1e98eb69c590b971**, informando que a imagem original encontra-se disponível para qualquer outra análise no Núcleo de Auditoria Digital.

Frise-se, pela importância, que no “Auto de Cópia e Autenticação de Documentos Digitais” (fls. 1.038), consta o código correto, ou seja, fe0df3c5904773ad1e98eb69c590b971, assim, conclui-se que não houve qualquer alteração no código MD5 da citada imagem constante do Auto de Cópia, gerado em 04/05/10, na operação fiscal realizada no contribuinte Parceria Indústria e Comércio de Inj. de Alumínio e Borracha Ltda.

Assim, no Relatório Técnico 05/10 do NAD/BH, item 6.2 – Arquivo de Imagem – Pen Drive, onde está fe0df3c5804773ad1e98eb69c590b971, leia-se fe0df3c5904773ad1e98eb69c590b971.

De todo o exposto, verifica-se que a citação equivocada de um algarismo no citado relatório técnico, no qual o núcleo de auditoria tem por objetivo apenas verificar o conteúdo das imagens anteriormente copiadas, não tem o condão de alterar o conteúdo dos arquivos que foram devidamente copiados e autenticados.

Sanada a divergência quanto ao código citado no relatório técnico, não há que se contestar a veracidade das informações constantes nos arquivos apreendidos, ficando prejudicado o pedido de nulidade da prova, sobretudo, porque a divergência

mencionada (**troca de um dígito numérico no relatório do NAD/BH**), não trouxe qualquer prejuízo quanto à integridade das informações e do conteúdo dos dados apreendidos e utilizados no trabalho fiscal.

Repita-se, no “Auto de Copiagem e Autenticação de Documentos Digitais” (fls. 1038) consta o código correto, ou seja, fe0df3c5904773ad1e98eb69c590b971.

O fato de a Impugnante não ter apontado comprovação de qualquer divergência entre os valores constantes nos pedidos (os quais configuram saídas de mercadorias desacobertadas) e os valores das operações utilizados como base de cálculo no trabalho fiscal, relacionados nas planilhas de 25/135, afasta toda e qualquer hipótese de falta de autenticidade da prova.

Deste modo, rejeita-se a nulidade arguida.

Finalmente, observa-se que todos os procedimentos administrativos pertinentes à formalização do crédito tributário, incluindo as intimações, cominações legais de infringências e penalidades que motivaram as exigências fiscais se encontram regularmente capituladas e demonstradas, tendo sido observados todos os seus ditames.

Do Mérito

Conforme já destacado, a autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/01/05 a 28/02/10, decorrente da constatação de saída de mercadorias desacobertada de documento fiscal.

Tal irregularidade foi apurada mediante confronto de documentos extrafiscais (arquivos eletrônicos e pedidos) devidamente apreendidos conforme Termo de Apreensão (TA - fls. 1.036) e Autos de Copiagem e Autenticação de Documentos Fiscais realizados em 04/05/10 (fls. 1.038/1.042), com os registros de notas fiscais de saídas emitidas, conforme demonstrado no Anexo 1 (fls. 25/135).

Inicialmente, alega a Impugnante a decadência do direito de lançar referentes aos fatos geradores anteriores a 01/12/05 com fulcro no art. 150, § 4º do CTN, tendo em vista que a intimação do Sujeito Passivo se deu em 01/12/10.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim, em lançamento de ofício, ensejando a aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

Outra hipótese, entretanto, é aquela em que o sujeito passivo não cumpre, ou cumpre de modo diverso, com suas obrigações. Assim ocorrendo, a atividade a ser praticada pelo fisco não poderá ser caracterizada como mera homologação, já que esta pressupõe a existência das providências adotadas pelo contribuinte passíveis de confirmação pela autoridade administrativa. Nesse caso, cabe ao fisco, na forma estabelecida pelo art. 149 do CTN, proceder ao lançamento de ofício, que é executado também nos casos de omissão ou inexecução do sujeito passivo no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos. Com efeito, em tais casos, não há o que se homologar.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em decisão recente (19/10/10), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR. MINISTRO RELATOR)."

OS SRS. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO)

Desta forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2005 somente expirou em 31/12/10, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que o último Coobrigado a receber o Auto de Infração, por meio de Aviso de Recebimento (fls. 17), o fez em 13/12/10.

Quanto ao mérito propriamente dito cumpre informar que a Fiscalização utilizou para realizar seus levantamentos 3 (três) tabelas, dentre outras, denominadas “cli_ca”; “nf_imp”; “ped_ve” e, também, documentos extrafiscais (pedidos), todos devidamente apreendidos conforme já destacado acima.

A Fiscalização junta aos autos um DVD –R, contendo todos os arquivos eletrônicos com os dados que fundamentaram o lançamento (fls. 175).

Como destacado pela Fiscalização, as tabelas apreendidas continham uma quantidade muito grande de informações, dispostas em 107 tabelas, que mostram as movimentações financeiras, vendas, pedidos, cadastros de clientes e fornecedores, da empresa autuada, conforme descrito no item 7.2.3 do relatório do NAD/BH (fls. 1.050).

Além das informações discriminadas nos Anexos I (fls. 25/135) e II (fls. 137/174), outras, concernentes à atividade econômica da Autuada, podem ser citadas a título ilustrativo: valor total do pedido, BC do IPI, valor do frete, valor do desconto, nome do vendedor, percentual de comissão dos vendedores, data da entrega, número das notas fiscais emitidas, identificação completa dos transportadores, quantidade de volumes transportados, peso, natureza da operação (ex: devolução, garantia, bonificação, remessa p/feira, remessa p/industrialização, transferência, vendas, vendas de mercadorias usadas, etc.), e se a operação foi, ou não cancelada, etc.

Diante deste fato, e na busca da verdade material, foi necessário que a Fiscalização filtrasse muito bem tais arquivos e pedidos apreendidos, de modo a excluir um número expressivo de pedidos, até chegar-se àqueles discriminados nos Anexos I e II, que tratam-se de operações cujas naturezas constituem fatos geradores de ICMS, que não foram canceladas e para as quais não se localizou a correspondente nota fiscal de saída emitida.

No Anexo I do Auto de Infração (fls. 25/135) consta o levantamento das saídas desacobertadas de documentos fiscais. Tal planilha discrimina o número do pedido, mês/ano, data, cliente, UF, inscrição estadual, se pessoa jurídica ou não, Valor do pedido VC/BC, Alíquota (%), ICMS devido.

Ressalte-se que para a determinação da base de cálculo do ICMS, sobre o valor do pedido constante nos arquivos apreendidos, a Fiscalização aplicou devidamente a redução da base de cálculo prevista no item 17 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, sendo utilizados os multiplicadores opcionais ((4,1%, 5,6% e 7%), para cálculo do ICMS devido (por alíquota), conforme se observa nos demonstrativos de fls. 25/135, na coluna “Alíquota”.

A Fiscalização acostou às fls. 563/973, por amostragem, vários pedidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Compulsando tais pedidos juntados aos autos, é possível verificar que a quase totalidade contém as seguintes informações: vendedor, comissão, data de entrega, condições de pagamento, tipo de cobrança, e outras informações (ex: urgente, faturar dia tal, enviar com o pedido número tal, separar junto com o pedido tal, frete CIF, frete FOB, nome da transportadora, várias aposições de rubricas e datas, observações sobre o cliente, informações sobre tipo de tabela, data de vencimento das parcelas, etc).

Destaque-se, também, que a Fiscalização anexou aos autos amostragem de pedidos para os quais a Autuada emitiu nota fiscal (fls. 975/1.016). Em tais documentos é possível observar que o valor de cada pedido corresponde ao valor total do respectivo documento fiscal emitido, demonstrando estar correta a metodologia utilizada pela Fiscalização quando da determinação do valor total das operações no levantamento das saídas desacobertadas - Anexo I.

Some-se aos fatos relatados que os pedidos, para os quais foram emitidos as correspondentes notas fiscais, são idênticos aos demais constantes do Anexo I, contendo inclusive as mesmas observações apostas nos pedidos autuados, comprovando-se inequivocamente a veracidade das informações constantes nos documentos apreendidos.

Há a destacar-se que os documentos extrafiscais apreendidos pela Fiscalização refletem a realidade dos fatos, em função de sua riqueza de detalhes, sendo considerados como provas irrefutáveis do ilícito fiscal. Não há dúvidas de que essas operações, por sua natureza, se constituem fatos geradores de ICMS.

Por outro lado, a Impugnante para contrariar as provas das infrações, apenas alega que documentos constando dados de pedidos não são suficientes para presumir a realização do fato gerador, sem contudo apresentar qualquer evidência que as operações discriminadas nos Anexo I não se efetivaram.

Ao contrário do alardeado na impugnação, em momento algum a Fiscalização utilizou de presunção ou arbitramento para apurar as saídas desacobertadas, pois o valor das operações objeto da autuação foi obtido nos próprios pedidos de mercadorias.

Essa situação pode ser facilmente visualizada por meio do confronto entre o “Valor do Pedido VC/BC” constante no Anexo I (fls. 25/135) e a cópia física dos respectivos pedidos anexados por amostragem às fls. 562/973.

Deste modo, resta totalmente incabível a alegação da Impugnante relativamente à “técnica realizada” pela Fiscalização para “arbitramento do preço das mercadorias”.

Vale observar que no presente caso também não caberia a utilização de aplicação de índices técnicos como pretende a defesa da Autuada.

Ademais, o procedimento de análise da escrita fiscal, dos documentos fiscais e subsidiários (pedidos e arquivos eletrônicos apreendidos) é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso I do RICMS/02.

Neste diapasão, vale dizer que não prospera a alegação da Autuada de ofensa ao contraditório e a ampla defesa, ao argumento de que a Fiscalização não se

interessou em buscar a veracidade das operações realizadas pela Impugnante, valendo-se de tomar como reais dados encontrados na sede de contribuinte diverso, diante dos procedimentos adotados pela Fiscalização e da oportunidade que a defesa teve de trazer prova inequívoca de que as operações não ocorreram, o que não fez.

No que tange ao Auto de Infração nº 01.000166213-85, lavrado contra a Impugnante, em 25/07/10, vale salientar que o que se discutiu nele foi a legitimidade, ou não, dos créditos destacados em notas fiscais de entradas cujas 1^{as} (primeiras) vias não foram apresentadas, sob o argumento de extravio, uma vez que, o RICMS/02 condiciona o aproveitamento do crédito de ICMS à apresentação das mesmas, salvo em caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante cópia do documento, com pronunciamento do Fisco de origem e aprovação da Autoridade Fazendária a que o contribuinte estiver circunscrito, conforme disciplina o art. 70, inciso VI do citado regulamento.

Acrescente-se que o citado AI nº 01.000166213-85 já foi julgado pelo CC/MG, em 13/01/11, cuja decisão, por maioria de votos, considerou procedente o lançamento, conforme consubstanciado no Acórdão nº 19.886/11/3^a.

Desta forma, depreende-se que o motivo dos estornos de crédito do AI supramencionado não corresponde ao mencionado na impugnação ora apresentada que, **“a fiscalização concluiu que não houve a aquisição de insumos nem para as vendas escrituradas, como haveria insumos para fabricar a quantidade de produtos que considerou vendidos sem documento fiscal?”**.

Assim, o estorno do crédito naqueles autos não tem o condão de afastar a acusação deste lançamento.

Relativamente à recomposição da conta gráfica postulada na peça impugnatória, observa-se, por meio de consulta junto ao SIARE (Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual), no “conta corrente” do estabelecimento autuado, que o Contribuinte só apresenta saldo credor no mês de outubro/09, no valor de R\$ 52,51 (cinquenta e dois reais e cinquenta e um centavos).

Todavia, o citado período encontra-se dentre aqueles nos quais o estorno do crédito procedido no AI supracitado afetará, não havendo deste modo qualquer justificativa para atendimento do pleito da Autuada para recomposição da conta gráfica.

Ademais, vale destacar que comprovado as saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, não há que se falar em reconhecimento de créditos decorrentes de suas operações de entrada, visto que, se as entradas ocorreram acobertadas por documentos fiscais, devidamente registrados, neste momento é que surgiu o direito ao creditamento, desde que atendidas todas as demais condições exigidas na legislação tributária, não cabendo neste caso a mencionada recomposição.

No que tange à multa isolada, verifica-se nos cálculos e nas observações constantes no demonstrativo de aplicação da multa isolada, reproduzido às fls. 06, como também pela penalidade indicada no Auto de Infração, às fls. 10, que fora observado para fins de sua aplicação o disposto na legislação, em especial o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os dispositivos em questão preveem:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, **a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não-incidência.**(grifou-se)

Da sujeição passiva

A Fiscalização elegeu como sujeitos passivos da obrigação tributária a empresa autuada (contribuinte) - Comércio e Indústria Ray e Maria Ltda, no Auto de Infração denominada de Sujeito Passivo, e os seguintes sócios da citada empresa como responsáveis solidários - denominados Coobrigados:

1 - Ray Lucas de Lacerda Campos; 2 - Warley Magno Pereira e 3 - Marco Túlio de Souza.

Compulsando os autos verifica-se que, conforme cláusula III da 9ª Alteração Contratual, acostada às fls. 1.069/1.071, os Srs. Marco Túlio de Souza e Warley Magno Pereira constam como sócios da empresa autuada. Consta, também, desta alteração que a administração da sociedade ficará a cargo dos dois sócios supracitados (cláusula VIII).

Já na 11ª Alteração Contratual, colacionada às fls. 1.073/1.075, consta a admissão do sócio Ray Lucas de Lacerda Campos (cláusula II) e a retirada da sociedade do sócio Warley Magno Pereira (cláusula III), em 29/02/08 (data da averbação da citada alteração na Junta Comercial).

Na última alteração consta como sócio administrador da sociedade o Sr. Ray Lucas de Lacerda Campos (cláusula VII) a partir de 29/02/08 (data da averbação da alteração contratual na Junta Comercial).

Neste diapasão, vale destacar a legislação que prevê a responsabilidade tributária do sócio gerente, senão veja-se:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6763/75

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.

Há nos autos comprovação de que os sócios praticaram atos contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Entretanto, cabe destacar que a responsabilidade tributária prevista no art. 135, inciso III do CTN, requer que o fato gerador tenha ocorrido à época da respectiva gestão, de modo a vincular o não recolhimento com a atuação do sócio.

Neste sentido vale citar os seguintes precedentes deste Conselho de Contribuintes: Acórdãos nºs 19.145/09/3ª, 19.021/10/2ª e 20.139/10/1ª.

Sobre o tema, destacam-se as seguintes decisões judiciais que abordam a questão, senão veja-se:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO (DIRETOR) PELAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DA PESSOA JURÍDICA. ART. 135, III, DO CTN. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poder ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN. - A solidariedade do sócio pela dívida da sociedade só se manifesta quando comprovado que, no exercício de sua administração, praticou os atos elencados na forma do art. 135, caput, do CTN. Há impossibilidade, pois, de se cogitar na atribuição de tal responsabilidade substitutiva pelos débitos da sociedade quando sequer estava o sócio investido das funções diretivas da mesma. Recurso especial improvido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Ac. Un. Da 1ª Turma do STJ, Resp 202778/PR, Rel. Ministro José Delgado, j. 27/04/1999, 1ª TURMA DO STJ, Data de Publicação: DJ 01.07.1999, DJU DE 1/07/99) (GRIFOU-SE).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos Embargos Infringentes nº 594124984, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, decidiu:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA (CTN ART. 135, III). SÓCIO GERENTE, QUE SE DEMITIU DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA NO CASO, DOS ARTS. 10 E 16 DO DECRETO Nº 3.708, DE 10.01.19, VEZ QUE O AUTO DE APREENSÃO E O LANÇAMENTO DO ICMS, COM MULTA DECORREM DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI – OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E TRANSPORTE DA MESMA SEM A EMISSÃO DAS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS – **PRATICADOS QUANDO O EMBARGANTE AINDA INTEGRAVA A SOCIEDADE NA QUALIDADE DE SÓCIO-GERENTE. (GRIFOU-SE)**

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recente decisão, 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. [...]. (GRIFOU-SE)

No mesmo processo, acompanhando o relator Des. Gouvêa Rios, a Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade após algumas considerações concluiu:

ISTO COLOCADO, VÊ-SE, NO CASO CONCRETO, QUE SE ENCONTRA COMPROVADO NOS AUTOS (F. 28 E 37) A ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE COM O USO INDEVIDO DA ALÍQUOTA REDUZIDA E DA VENDA MERCANTIL FRAUDULENTA, **PELO QUE RESPONDEM OS SÓCIOS SOLIDARIAMENTE. (GRIFOU-SE)**

Neste diapasão, correta a inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, cabendo ressalva apenas para restringir a parcela do crédito tributário decorrente de fatos geradores ocorridos no período em que os mesmos administravam a empresa ora autuada.

Assim, o Coobrigado Ray Lucas de Lacerda Campos deve responder pelo crédito tributário cujos fatos geradores ocorreram a partir de 29/02/08 (data de ingresso na sociedade). Já o Coobrigado Warley Magno Pereira deve responder pelo crédito tributário cujos fatos geradores ocorreram até 29/02/08 (data de retirada da sociedade), conforme 11ª Alteração Contratual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se que o Coobrigado Marco Túlio de Souza deixou de ser o administrador da sociedade em 29/02/08, assim ele deve responder pelo crédito tributário cujos fatos geradores ocorreram até 29/02/08 (data na qual passou a administrar a sociedade o sócio Coobrigado Ray Lucas de Lacerda Campos), conforme 11ª Alteração Contratual.

Por fim, ressalte-se que o PTA lavrado contra a empresa Parceria Ind. e Com. de Inj. de Alumínio e Borracha Ltda, onde foram apreendidos os documentos extrafiscais e arquivos eletrônicos, foi julgado procedente, à unanimidade de votos, por este Conselho de Contribuintes, conforme acórdão nº 20.210/11/3ª (publicado no diário oficial em 15/9/11).

Deste modo, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando demonstradas as exigências, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado prova capaz de ilidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento com as adequações acima acerca da responsabilidade tributária dos Coobrigados.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para restringir a responsabilidade atribuída aos Coobrigados à parcela do crédito tributário cujos fatos geradores tenham ocorrido no período em que os mesmos participaram da sociedade como sócios administradores ou sócios gerentes, conforme alterações contratuais. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 03 de novembro de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**José Luiz Drumond
Relator**