

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.218/19/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000403580-36
Impugnação: 40.010139854-51, 40.010139856-04 (Coob.), 40.010139858-68 (Coob.), 40.010139857-87 (Coob.), 40.010139855-23 (Coob.)
Impugnante: Parma Design Comércio de Móveis Ltda
IE: 699381000.00-59
Distribuidora de Móveis Parma Ltda (Coob.)
IE: 001239609.00-03
Gabriela Fagundes Parma (Coob.)
CPF: 890.928.726-87
Marina Fagundes Parma Gonçalves (Coob.)
CPF: 032.427.186-74
Parma Shop Ltda (Coob.)
IE: 699982870.00-40
Proc. S. Passivo: Délcio de Oliveira Fernandes Júnior/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. As sócias-administradoras 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.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado nos autos que os atos e omissões das empresas Coobrigadas concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pela Contribuinte. Legítimas, portanto, as suas manutenções no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 124, inciso II, do CTN c/c art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações

constantes de documentos extrafiscais, apreendidos em decorrência da Operação Remonta, com as notas fiscais emitidas no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I, do RICMS/02. **Infração caracterizada. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, que foi apurada observando o disposto no § 2º deste artigo, vigente à época dos fatos geradores, e que, em alguns períodos, foi majorada em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, com fulcro na retroatividade prevista no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, deve-se adequar a Multa Isolada ao limite máximo previsto no § 2º, inciso I, do citado art. 55, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17, e excluir a majoração da citada Multa Isolada, decorrente da constatação de reincidência.**

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação refere-se à constatação de saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, no período de março de 2010 a setembro de 2014, apurada mediante confronto de documentos extrafiscais e notas fiscais de saída emitidas pela Contribuinte.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, que foi apurada observando o disposto no § 2º deste artigo, vigente à época dos fatos geradores, e que foi majorada em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

As empresas “Distribuidora de Móveis Parma Ltda” e “Parma Shop Ltda” foram incluídas no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigadas, uma vez que, conforme esclarecimentos constantes do Relatório do Auto de Infração, o Fisco verificou que tais empresas e a Autuada, não obstante terem razões sociais, quadro societário, CNPJ e inscrições estaduais distintos, *“são, na realidade, uma única empresa, artificialmente separadas com a finalidade de se enquadrar no regime do Simples Nacional da lei complementar 123/2006 e usufruir de uma tributação menor do que a realmente devida”*.

Também foram incluídas no polo passivo da obrigação tributária as sócias-administradoras, Gabriela Fagundes Parma e Marina Fagundes Parma Gonçalves, pelos atos praticados por elas, resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN, e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

O presente trabalho encontra-se instruído por Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000013242.14 (fls. 02/03); Auto de Infração-AI (fls. 04/10); Relatório do Auto de Infração (fls. 11/19); Anexo 1 – Planilha “Saídas Desacobertas de Notas Fiscais” (fls. 20/51); Anexo 2 – Planilha “Demonstrativo do Crédito Tributário” (fls. 52/54); Anexo 3 – Planilha “Prazo Médio de Entrega” (fls. 55/56);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Anexo 4 – “Relatório de Apuração – Grupo Parma” (fls. 57/68); Anexo 5 – cópia dos documentos: Mandado de Busca e Apreensão realizada na Autuada, AADs nºs 326 e 327 e correspondentes anexos (fls. 69/82); Anexo 6 - cópia dos documentos: Mandado de Busca e Apreensão realizada na empresa “Parma Shop Ltda” (Matriz), AADs nºs 322, 323 e 324 e documentos conexos (fls. 83/94); Anexo 7 – Cópia do Relatório ao Delegado Fiscal sobre a Operação Remonta e métodos de leitura dos arquivos copiados (fls. 95/97); Anexo 8 – Cópia dos “Contrato de Compra” em nome da Autuada constantes do Auto de Infração, apreendidos através do AAD nº 327, série 001 (fls. 98/132); Anexo 9 – Cópia do “Protocolo de Envio de Pedidos” em nome de Parma Design, apreendidos por meio do AAD nº 326 (fls. 133/161); Anexo 10 – Cópia da “Relação Anual de Informações Sociais – RAIS”, do período de 2010 a 2014, da empresa Autuada e da empresa Parma Shop Ltda – EPP – Matriz, CNPJ: 01.418.073/0001-60 (fls. 162/207); Anexo 11 – DVD contendo diversas planilhas relativas à apuração fiscal (fls. 208); Anexo 12 – Reincidência – Telas do SICAF contendo DAF pago (fls. 209/211); Anexo 13 – Fotos das pastas apreendidas na empresa Parma Shop Ltda – EPP, Matriz, contendo notas fiscais de fornecedores emitidas diretamente aos clientes da empresa (fls. 212/217); Anexo 14 – Relação e cópia dos Cheques apreendidos do AAD nº 324 (fls. 218/222).

Da Impugnação

Inconformadas, a Autuada e as Coobrigadas apresentam em conjunto, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 233/247, acompanhada dos documentos de fls. 248/1849.

Requerem, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

De acordo com o documento de fls. 1860, foi dada vista dos autos aos Sujeitos Passivos pelo prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 140 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, em razão da juntada pelo Fisco da planilha “Saídas Desacobertadas de Notas Fiscais – Período 2010”, de fls. 1861/1865, em substituição à planilha de fls. 22/27, a qual foi anexada equivocadamente, pois se referia ao período de 2011, quando deveria ter sido em relação ao período de 2010.

Na oportunidade, o Fisco ressalta que *“a inclusão da planilha não importou em alteração do crédito tributário relativo ao período de 2010, que permanece idêntico ao contido no Auto de Infração às fls. 06, 07 e 53”*.

Não obstante terem sido regularmente cientificados da juntada de documentos, os Sujeitos Passivos não compareceram aos autos.

Em seguida, o Fisco, em manifestação de fls. 1869/1885, refuta as alegações da Defesa, requerendo, portanto, a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

Conforme despacho de fls. 1890, a Assessoria do CC/MG determina o encaminhamento dos autos à Advocacia Geral do Estado-AGE, nos termos do art. 105

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do RPTA, para manifestação em face da ação judicial interposta pela Autuada (Mandado de Segurança nº 0258101-87.2015.8.13.0000).

De acordo com os Pareceres de fls. 1891/1901, a AGE, em síntese, opinou nos seguintes termos:

- Não há de se falar em aplicação do artigo 105 do RPTA uma vez que o objeto do mandado de segurança impetrado nada tem a ver com o fundamento dos autos de infrações respectivos dos PTA's acima elencados;
- Não há de falar de prova ilícita para julgar-se infirmar o trabalho fiscal uma vez que a decisão judicial assim não o estabeleceu e conforme expressa competência legal do Estado Fiscalização em obter informações em documentos a que tenha tido acesso.

Assim, diante do entendimento da AGE de que a ação judicial interposta pela Autuada **não interfere no julgamento administrativo do presente PTA**, razão pela qual deve ser dado prosseguimento no julgamento administrativo do Auto de Infração, passa-se à análise integral do feito fiscal.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 1902/1925, opina, em preliminar, pela rejeição da nulidade arguida. Quanto à prejudicial de mérito, por não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, pela procedência parcial do lançamento, para adequar a Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, ao limite máximo previsto no § 2º, inciso I, do mesmo artigo, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17, e excluir a majoração da mesma multa isolada, decorrente da constatação de reincidência.

Conforme fls. 1929, em sessão realizada em 13/12/18, a 1ª Câmara de Julgamento decidiu:

Acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, pela retirada do processo de pauta, sobrestando-o, para pautamento em conjunto com os PTAs 01.000344670-40, 01.000345493-05, 01.000392687-97, 01.000391805-80, 01.000401411-34 e 01.000324721-94. Pelas Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Délcio de Oliveira Fernandes Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Joana Faria Salomé.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG 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

As Impugnantes requerem a nulidade do Auto de Infração, por entenderem que o processo em pauta se encontra carente de qualquer documentação hábil para fundamentá-lo, e dessa forma com ausência absoluta de base documental.

Afirmam que a Operação Remonta, ocorrida em 03/12/14, foi declarada ilegal pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme decisão proferida nos Mandados de Segurança nºs **1.0000.15.025807-7/000**, impetrado por **Distribuidora de Móveis Parma Ltda**, I.E: 01239609.00-03; **1.0000.15.025808-5/000**, impetrado por **Parma Shop Ltda**, I.E: 699982870.00-40; **1.0000.15.025809-3/000**, impetrado por **Parma Shop Ltda**, I.E: 367982870.0132; **1.000.15.025805-1/000**, impetrado por **Parma Shop Ltda**, I.E: 699982870.03-84 e **1.0000.15.025810-1/000**, impetrado por **Parma Design Comércio de Móveis Ltda**, I.E: 699381000.00-59 (Autuada).

Declaram que referida decisão “*determinou a restituição às empresas, em definitivo, dos bens e documentos apreendidos por esta Receita Estadual*”.

Reproduzem, às fls. 243, parte do voto proferido pela Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, no trecho em que afirma que “**as investigações conduzidas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais foram motivadas por denúncias anônimas**, as quais, embora possam motivar a realização de investigações, **SÃO INSUFICIENTES PARA AUTORIZAR A IMPOSIÇÃO DAS QUESTIONADAS MEDIDAS CAUTELARES**, que autorizaram a quebra de seu sigilo bancário em um período de quase cinco anos, bem como o embaraço às atividades empresariais das pessoas jurídicas.”(grifos da Defesa)

Acrescentam que, no referido acórdão, foi acolhida a tese defendida pelos impetrantes de que a busca e apreensão criminal empreendida na Operação Remonta ofende a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, por ter sido promovida em sede de investigação criminal sem que houvesse o lançamento definitivo do tributo sonegado.

Transcrevem trecho do acórdão que corrobora essa afirmação, conforme fls. 244, demonstrando que a Desembargadora entendeu que, sem o lançamento, não se pode falar em materialidade definitiva dos crimes previstos no art. 1º, incisos I a V, da Lei nº 8.137/90, não havendo justificativa para o deferimento da medida cautelar.

Informam que foi concedida a segurança para as empresas investigadas, como é o caso da Autuada, para cassar os efeitos da decisão do juízo de primeiro grau que autorizou a expedição do mandado de busca e apreensão, determinando a restituição em definitivo dos bens e documentos apreendidos, garantindo-se, também, o sigilo bancário dos impetrantes.

Relatam que, ato contínuo, foi determinado que a Receita Estadual devolvesse em definitivo todos os documentos apreendidos, cujo cumprimento ocorreu conforme documentos de fls. 280/283.

Acrescentam que também foi expedido despacho para que fossem restituídos todos os documentos digitais em posse da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora,

cujos cumprimento ocorreu em 18/12/15, nos termos do Ofício GAB/DF/Juiz de Fora nº 225/15, fls. 292/293.

Assim, aduzem que resta perfeitamente demonstrado que os documentos que instruem o presente Auto de Infração são os mesmos que foram restituídos à empresa autuada, não existindo base documental que dê suporte ao feito fiscal.

Eis o dispositivo da decisão que fundamenta as alegações da defesa para apontar a inexistência nos autos de prova válida *“Com essas considerações, concedo a segurança, para cassar os efeitos da decisão atacada, restituindo-se, em definitivo, bens e documentos apreendidos, bem como garantindo o sigilo bancário da impetrante, extinguindo, assim, a medida cautelar que deu origem à presente impetração”*.

Observe-se que são três os comandos da decisão: 1) restituição dos bens e documentos apreendidos, 2) garantia do sigilo bancário e 3) extinção da busca e apreensão.

O Fisco, em sua manifestação fiscal refuta as alegações da Defesa, afirmando que o entendimento esposado pela Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires (que concedeu a segurança ao *mandamus* nº 1.0000.15.025810-1/000, impetrado pela Autuada, atacando a decisão do juízo de primeiro grau que outorgou a medida cautelar) baseia-se em duas premissas básicas.

A primeira considera que o procedimento se iniciou com uma denúncia anônima, o que por si só seria insuficiente para deflagrar a medida cautelar; a segunda versa sobre a impossibilidade de instauração de medida cautelar criminal para apuração de delitos de sonegação, pela inexistência da constituição definitiva de crédito tributário na esfera administrativa, em conformidade com a Súmula Vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal-STF.

Da primeira premissa, o Fisco depreende-se que *“referida Desembargadora cometeu o equívoco de considerar que o mandado de busca e apreensão se baseou em denúncia anônima”*.

No intuito de esclarecer essa afirmação, o Fisco pontua às fls. 1872/1873 diversos fatos, demonstrando que a referida denúncia está perfeitamente identificada (servidora pública estadual), não havendo que se falar em denúncia anônima, destacando, inclusive, que *“o pedido de “Medidas Cautelares Penais de Produção Antecipada de provas” proposto pelo Ministério Público afirma unicamente que a denúncia partiu de consumidor final”*, mas é composto por várias outras apurações que deram ensejo ao pedido.

Relativamente ao segundo pilar de argumentação da Desembargadora, qual seja, o de que a busca e apreensão determinada pelo juízo de primeiro grau em sede de medida cautelar penal afronta o teor da Súmula Vinculante nº 24 do STF, o Fisco pondera que não foi oferecida denúncia por crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Após reproduzir o que dispõe os arts. 1º e 2º do referido diploma legal, o Fisco apresenta os seguintes comentários:

A Súmula Vinculante tratou somente dos crimes materiais, abrangendo exclusivamente aqueles tipificados no art. 1º, deixando de lado os crimes formais do art. 2º.

Entretanto, no processo em tela não há afronta à referida Súmula, uma vez que sequer existe investigação policial, quanto mais oferecimento de denúncia. **A medida cautelar proposta pelo Ministério Público serviu ao propósito de obtenção de documentos comprobatórios do ilícito fiscal com o fim de subsidiar futuros processos administrativos e o início do inquérito policial.** Essa medida foi necessária diante da dificuldade de obtenção das provas por outro meio. (Destacou-se)

O Fisco ressalta que o Ministério Público agiu por provocação da própria Secretaria de Estado de Fazenda, que, após trabalho de investigação do Núcleo de Combate a Fraudes da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora, concluiu pela necessidade de uma atuação por intermédio do Poder Judiciário, tendo em vista a magnitude da sonegação e do *modus operandi* de fraude fiscal do Grupo praticada ao longo dos anos, conforme Relatório de Apuração emitido pelo Núcleo de Combate a Fraudes, acostado às fls. 333/345, e anexos.

Assim, o Fisco destaca que não são frágeis os indícios apresentados pelo *Parquet*, como abordou a ilustre Desembargadora, uma vez que “*os documentos apresentados pela denunciante mostram todo o modus operandi do Grupo, desde o momento da compra, emissão de notas fiscais e crédito do pagamento em conta de caixa dois em nome da sócia*”.

Acrescenta que “*o que foi apresentado não é um indício, é um fato comprovado*”.

E ainda:

(...) a toda evidência, um mandado de busca e apreensão tem que ser necessariamente *inaudita altera pars*, pois, caso se proceda de outra forma, a empresa que age deliberadamente com o intuito de promover fraude fiscal destruiria *incontinenti* as provas incriminadoras. O elemento surpresa é fundamental para o sucesso deste tipo de ação. Imagina-se neste momento, com uma razoável margem de propriedade, que com a devolução das provas de sonegação ao Autuado, em virtude de determinação judicial, elas, as provas, já se encontrem destruídas.

Ainda a respeito do acórdão proferido, tem-se que o direito à privacidade não é um direito absoluto, não se prestando a encobrir delitos cometidos. Deve-se levar a efeito uma ponderação entre o referido direito e o dano social causado pelo esquema de sonegação. No caso em tela, em que os documentos apreendidos

corroboraram plenamente a fraude fiscal investigada, a defesa do direito à privacidade serve apenas, na prática, como manto protetor para o cometimento de ilícitos fiscais, dando-lhe oportunidade de destruir ou ocultar as provas incriminadoras.

No tocante à Súmula Vinculante nº 24 do STF, apontada pela Desembargadora, o Fisco, às fls. 1877/1880, traz excertos de acórdãos do TJMG, relativos a casos semelhantes, em que não são cabíveis os efeitos dessa norma jurídica, uma vez que os fatos ainda estão sendo objeto de investigação e não se limitam à prática de crime contra a ordem tributária.

Traz, inclusive, trechos do acórdão relativo ao julgamento do agravo interno interposto pela Autuada no mandado de segurança em questão, elaborado pelo Desembargador Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista, que, em maio de 2015, denegou a devolução dos documentos solicitados, considerando, ainda, que já haviam sido disponibilizadas cópias dos documentos apreendidos (ver fls. 622/626).

Por fim, o Fisco apresenta as seguintes conclusões:

Assim sendo, a concessão da segurança baseou-se em premissa falsa de que o procedimento está baseado numa denúncia anônima, considerou equivocadamente frágil as provas arroladas na Medida Cautelar proposta pelo Ministério Público e defendeu posição controvertida no próprio TJMG. Tanto é assim, que a Advocacia do Estado de Minas Gerais interpôs embargos de declaração com efeitos infringentes em face da decisão proferida pela 2ª Câmara Criminal do TJMG, com a finalidade de cumprir exigência prevista na Súmula 211 do STJ e Súmula 356 do STF, como requisito de prequestionamento para admissão dos recursos que serão utilizados oportunamente nos tribunais máximos do País.

(...)

Por tudo que foi exposto, em vista de a questão ainda estar sendo discutida na esfera judicial, tem-se aqui que a busca e apreensão foi procedida dentro da maior legalidade e que as provas que sedimentam o presente Auto são lícitas. Os documentos apreendidos demonstram que os impugnantes praticaram sonegação fiscal, mediante a não emissão de documentos fiscais, associação de pessoas e manutenção de caixa dois, constituindo esses últimos delitos, indícios de crimes meios, considerados autônomos pelo STJ no acórdão citado, que não os previstos no art. 1º, da lei 8.137/90. A devolução das provas aos Autuados compromete a existência delas, via ocultação ou destruição, uma vez que a intenção delitativa restou plenamente configurada. Forçoso acreditar que não foi outro o motivo que levou o

Contribuinte a pedir a devolução física dos documentos, não se satisfazendo com as cópias que lhe foram entregues, e que o Autuado usará esse artifício para se livrar das imputações que lhes são atribuídas.

Em face da ação judicial em questão, interposta pela Autuada (Mandado de Segurança nº 0258101-87.2015.8.13.0000), a Assessoria do CC/MG, considerando o disposto no art. 105 do RPTA, solicitou manifestação da Advocacia Geral do Estado - AGE, quanto à possibilidade da tramitação e do julgamento do presente processo estarem prejudicados pela ação, conforme despacho de fls. 1890.

Assim, a Advocacia Geral do Estado, por intermédio do Procurador do Estado competente, emitiu a Nota Jurídica de fls. 1893/1901, que, deixando de “*analisar a correção ou não da decisão judicial*”, apresentou as seguintes conclusões:

a) **não houve decisão judicial que explicitamente tenha se posicionado pela imprestabilidade da prova obtida para o fim de lançamento administrativo;**

b) ressaltou a decisão a manutenção do sigilo bancário, cuja obtenção, pela via administrativa, segue procedimentos próprios, presumidamente não adotados no caso em análise;

c) com a exceção dos documentos atinentes ao sigilo bancário, parece-nos viável o prosseguimento do procedimento administrativo, utilizando-se, como prova, das cópias dos documentos devolvidos por determinação judicial, desde que pudessem ser obtidos pela via administrativa (resguarda-se, portanto, a inviolabilidade do domicílio das pessoas naturais). (Destacou-se)

Ato contínuo, foi elaborado o Parecer de fls. 1891/1892, que, ratificando a Nota Jurídica, expôs comentários que merecem ser aqui reproduzidos:

O Mandado de segurança não trata de mérito de crédito tributário já que, à época, inexistente, mas sim – em face da apreensão de documentos e quebra de sigilo bancário – de questões afetas à embaraço à gestão das empresas e a quebra de seu sigilo bancário.

A decisão judicial do MS não impede lavratura de auto de infração – como de fato ocorreu – com base na documentação obtida na busca e apreensão.

A decisão judicial, no mesmo passo, não declara expressamente a ilicitude das informações obtidas nos documentos apreendidos e posteriormente devolvidos.

O que se depreende efetivamente da decisão em questão é o fundamento de que a devolução dos

documentos se daria por conta do embaraço criado, na sua apreensão, na regular atividade empresarial e impossibilidade sua utilização na persecução criminal mesmo porque não haveria qualquer lançamento tributário.

N'outro giro, como bem ressaltado pelo r. colega em seu bem lançado parecer, a faculdade outorgado à Fiscalização, com fulcro no artigo 195 do CTN, em obter informações, sem restrições ou mesmo óbices legais, no seu mister administrativo, lhe albergaria competência de extrair, como no caso concreto, informações suficientes para lavrar os autos de infração – consubstanciados nos PTA'S em exame – mesmo porque não se depreende, como outrora ressaltado, qualquer vedação para fazê-lo pela decisão judicial do MS.

Se a decisão judicial não veda e, concomitante, a Fiscalização Estadual tem competência, prevista no CTN, de obter informações de documentos do impugnante/autuado, é seu poder-dever diligenciar, como no caso em questão, obtendo informações em documento apreendidos por dado período, cumprindo sua responsabilidade funcional sobre eventuais ilícitos tributários e constatando tal fato, lavrar o Auto de Infração. (Destacou-se)

Por fim, a Advocacia Geral do Estado, esclarecendo que a questão discutida em juízo não prejudica o julgamento do caso na instância administrativa, concluiu seu parecer com as seguintes palavras:

- Não há de se falar em aplicação do artigo 105 do RPTA uma vez que o objeto do mandado de segurança impetrado nada tem a ver com o fundamento dos autos de infrações respectivos dos PTA's acima elencados;
- Não há de falar de prova ilícita para julgar-se infirmar o trabalho fiscal uma vez que a decisão judicial assim não o estabeleceu e conforme expressa competência legal do Estado Fiscalização em obter informações em documentos a que tenha tido acesso.

Observa-se, então, que se encontra equivocado o entendimento da Defesa, quando alega que as provas constantes dos autos são inválidas, não existindo base documental que dê suporte ao feito fiscal.

Conforme bem esclarecido pelo Procurador do Estado, a decisão judicial não declarou expressamente a ilicitude das informações obtidas nos documentos apreendidos e posteriormente devolvidos.

De acordo com esclarecimentos da AGE, é possível extrair da decisão, que concedeu a segurança à Autuada, “*que a restituição dos bens e documentos teria se dado em razão do embaraço causado à regular atividade empresarial e pela impossibilidade de serem utilizados para a tipificação do crime material contra a ordem tributária*”, **não sendo**, portanto, considerados oponíveis ao Fisco.

Destaca-se, ainda, o comentário expresso no parecer em análise de que “*é de se ter como constitucionalmente defensável que o fisco busque e apreenda bens que guarneçam os estabelecimentos do contribuinte, independentemente de ordem judicial*”. (Destacou-se)

Dessa forma, com base nos pareceres da AGE, verifica-se que as provas constantes dos autos, utilizadas pelo Fisco para a lavratura do presente Auto de Infração **não são ilícitas**, mesmo que se refiram a dados extraídos de documentos/arquivos apreendidos e posteriormente devolvidos à Contribuinte, uma vez que a decisão judicial assim não estabeleceu e, ainda, considerando a competência do Fisco em obter as informações, sem restrições ou mesmo óbices legais, com fulcro no art. 195 do CTN:

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

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

A título de conhecimento, foi reproduzida a relação de Autos de Infração lavrados contra o Grupo Parma, até o momento, elaborada pelo Fisco, e apresentado às fls. 1881. Assim, foi demonstrada a prática reiterada e intencional das irregularidades em questão, que, sem a busca e apreensão dos documentos ocultados pelas empresas, o Fisco não teria logrado êxito.

Importa complementar que o presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Por oportuno, vale registrar, ainda, que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

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

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação refere-se à constatação de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, no período de março de 2010 a setembro de 2014, apurada mediante confronto de documentos extrafiscais e notas fiscais de saída emitidas pela Contribuinte.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, que foi apurada observando o disposto no § 2º deste artigo, vigente à época dos fatos geradores, e, em alguns períodos, foi majorada em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

As empresas “Distribuidora de Móveis Parma Ltda” e “Parma Shop Ltda” foram incluídas no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigadas, uma vez que, conforme esclarecimentos constantes do Relatório do Auto de Infração, o Fisco verificou que tais empresas e a Autuada, não obstante terem razões sociais, quadro societário, CNPJ e inscrições estaduais distintos, *“são, na realidade, uma única empresa, artificialmente separadas com a finalidade de se enquadrar no regime do Simples Nacional da lei complementar 123/2006 e usufruir de uma tributação menor do que a realmente devida”*.

Também foram incluídas no polo passivo da obrigação tributária as sócias-administradoras, Gabriela Fagundes Parma e Marina Fagundes Parma Gonçalves, pelos atos praticados por elas, resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN, e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Por ordem judicial, em 03/12/14, foram realizadas, em parceria com o Ministério Público, diversas ações fiscais denominadas “Operação Remonta”, de busca e apreensão de documentos e arquivos eletrônicos nas empresas do Grupo Parma, dentre elas a Autuada.

Na ocasião, foram emitidos os Autos de Apreensão e Depósito (AAD) citados pelo Fisco no Relatório Fiscal do Auto de Infração (fls. 11/19), para apreensão de diversos documentos, sendo que, posteriormente, a Contribuinte foi intimada a acompanhar a deslactação dos documentos apreendidos e efetivamente o fez por intermédio das sócias da empresa, Gabriela Fagundes Parma ou Marina Fagundes Parma Gonçalves.

Foi emitido, também, o Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais, que se encontra devidamente assinado por Marina Fagundes Parma Gonçalves, sócia da empresa.

Tais documentos foram anexados aos autos, integrando os Anexos 5 a 7 do Auto de Infração (fls. 69/97).

No tocante aos documentos utilizados para a apuração do crédito tributário, vale reproduzir relatos do Fisco constantes do Relatório do Auto de Infração, que sintetizam a análise fiscal realizada:

Dentre os arquivos copiados encontravam-se diversas planilhas inseridas no banco de dados “**ARQUIVO[230839].MDB**”, contendo informações sobre pedidos de mercadorias realizados na loja do Autuado. A identificação foi possível pela conjugação do número da loja contido na planilha “**Pedidos**”, a tabela da planilha “**Lojas**” com o referido número, nome e inscrição estadual das lojas, e os pedidos físicos denominados “**Contratos de Compra**”, nos quais são consignados a mercadoria encomendada, o valor contratado e pago, a forma de pagamento, a assinatura do comprador e do vendedor da loja. Esses últimos documentos foram apreendidos através dos Autos de Apreensão e Depósitos – AADs n°s 322, 324 e 327, na Operação Remonta.

No desenvolvimento da auditoria, com a finalidade de identificação das vendas, além das planilhas citadas, foram utilizadas a planilha “**Compras**”, “**PedidosVendas**” e “**Clientes**”. A primeira além do código do fornecedor, permitindo identificá-lo, contém a coluna “**Obs1**” com o nome do cliente e o número do pedido ao fornecedor. A segunda contém informações como número do pedido do fabricante, data, valor, fornecedor, mas sobretudo a descrição da mercadoria. Complementando as informações foram utilizadas as tabelas “**Clientes**”, as quais identificam o nome e o CPF correspondente ao código contido na planilha “**Pedidos**”.

Cabe ressaltar que as informações contidas em todas as planilhas e documentos citados são coerentes entre si.

Registra-se que todos esses documentos (planilhas, pedidos físicos, dentre outros), foram acostados aos autos pelo Fisco às fls. 99/161, 208 (DVD) e 213/222, integrando os Anexos 8, 9, 11, 13 e 14 do Auto de Infração.

Ainda quanto à análise dos documentos extrafiscais, importa trazer os relatos complementares do Fisco constantes de sua manifestação fiscal:

O controle digital de vendas possui informação detalhada de cada venda, com preço de custo, de venda, descrição da mercadoria, cliente, entre outras.

Os pedidos eram formalizados através de documentos denominados “**Contrato de Compra**” apreendidos no estabelecimento da Autuada e juntados ao processo administrativo, por amostragem, no Anexo 8, às fls. 98 a 132. Pode-se observar que são assinados pelos adquirentes e contém a descrição da mercadoria e a forma de pagamento. Além dessas informações, lá está consignado a assinatura do vendedor, a qual pode ser cotejada com a relação dos funcionários da empresa

constante na Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, demonstrando que os referidos documentos foram efetivamente colhidos no estabelecimento do Contribuinte, fl. 163.

Corroborando o conjunto probatório juntou-se cópia de cheque recebidos em pagamento pelas compras, às fls. 218 a 222, os quais confirmam os dados dos “Contratos de Compra” e as informações contidas no arquivo eletrônico do controle gerencial. Como informação adicional, o cheque relativo ao pedido 19470 foi destinado à conta pessoal de Gabriela Fagundes Parma, Banco Bradesco, Agência 1940, conta XX.XXX-X. Os cheques relativos aos pedidos 19451/19453 e 19459 são nominativos à empresa Parma Shop Ltda e no verso dos documentos consta a identificação do número de pedido e da loja que o acolheu.

Além dos documentos acima, também foram apreendidos no estabelecimento do Contribuinte folhas em papel timbrado, denominadas de “Protocolo de Envio de Pedidos” contendo número do pedido, nome do cliente, forma de pagamento e a assinatura da funcionária atestando o recebimento, fls. 133 a 161. Esses protocolos são assinados pela funcionária Betânia como responsável pelo recebimento dos documentos. Trata-se de Betânia Aparecida Pacheco da Silva, funcionária de Parma Shop Ltda – EPP inscr. Estadual: 699982870.00-40, controladora do Grupo Parma, como se pode verificar pela Relação Anual de Informações Sociais – RAIS juntada à fl. 205, demonstrando que, na realidade a Autuada e a Coobrigada formam uma única empresa.

Todas as informações são coerentes entre si, evidenciando a consistência das provas levadas ao Auto de Infração.

Não bastasse o exposto acima, durante a Operação Remonta foram apreendidas pastas na empresa controladora que armazenavam notas fiscais emitidas diretamente dos fornecedores dos móveis no Rio Grande do Sul aos clientes do Grupo Parma. Estes documentos confirmam os termos da denúncia protocolada pela servidora estadual Maria Angélica Furtado de Miranda, a qual consta da peça inicial das Medidas Cautelares Penais de Produção Antecipada de Provas proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais, fl. 317. (Grifou-se)

Assim, diante do exame desses documentos extrafiscais, confrontado com as notas fiscais de saída emitidas pela Contribuinte, o Fisco observou um grande número de pedidos de compra, pedidos esses perfeitamente identificados, que não

possuíam a correspondente nota fiscal de saída, constatando que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais no período autuado, conforme apuração constante da planilha “Saídas Desacobertadas de Notas Fiscais”, referente aos exercícios de 2010 a 2014, de fls. 22/51 (Anexo 1 do Auto de Infração).

Importa registrar, ainda, os esclarecimentos do Fisco no Relatório do Auto de Infração, em relação à apuração do crédito tributário, de que, *“como existe um intervalo de tempo entre o acolhimento do contrato de compra e o fornecimento da mercadoria vendida, foi arbitrado pelo Fisco um prazo médio de entrega de mercadorias de 64 dias (valor arredondado), em vista do apurado na Planilha “Prazo Médio de Entrega”, nos termos do inciso I, do Art. 51, da Lei 6763/1975 e inciso III, do Art. 53 do Decreto 43.080/2002”*.

Referida planilha foi anexada às fls. 56, compondo o Anexo 3 do Auto de Infração.

Também foi anotado pelo Fisco que *“a alíquota de móveis é de 18% devido ao fato de que o estabelecimento do sujeito passivo, responsável pelas saídas desacobertadas, não é industrial, mas sim “comércio varejista de móveis” – CNAE 4754-7-01”*.

Ressalta-se que, de acordo com o documento de fls. 1860, equivocadamente, o Fisco anexou, às fls. 22/27, a planilha referente ao período de 2011, quando, na verdade, deveria ter sido relativa ao exercício de 2010.

Diante disso, para sanar o equívoco cometido, o Fisco trouxe aos autos, às fls. 1861/1865, a planilha correta, referente ao exercício de 2010 (“Saídas Desacobertadas de Notas Fiscais – Período 2010”).

Na oportunidade, ressaltou que *“a inclusão da planilha não importou em alteração do crédito tributário relativo ao período de 2010, que permanece idêntico ao contido no Auto de Infração às fls. 06, 07 e 53”*, conforme Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 53/54 (Anexo 2 do Auto de Infração).

Destaca-se que, não obstante terem sido regularmente cientificados da juntada de documentos, os Sujeitos Passivos não compareceram aos autos.

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

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

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

Na peça de defesa, as Impugnantes pleiteiam que seja considerado decaído o direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 14/12/10 (considerando a data em que foi emitido o Auto de Infração – 14/12/15), sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será 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 o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (GRIFOU-SE)

Mais recentemente, pronunciou-se o STJ, no Agravo Regimental nos EDcl no REsp 1264479/SP, em acórdão de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, publicado em 10/08/16:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

E também no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 533.405 –RS (2014/0144927-8):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 973.733/SC, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU A COMPREENSÃO DE QUE NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ O PAGAMENTO ANTECIPADO – CASO DOS AUTOS -, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É AQUELE ESTABELECIDO NO ART. 173, I, DO CTN.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Assim, no presente caso não se aplica a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN, eis que a irregularidade apontada diz respeito a operações de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, resultando em falta de recolhimento do imposto, não havendo que se falar em homologação de ato que tem por propósito diminuir ou anular a obrigação tributária principal ou de ato inexistente.

Ausente a antecipação do pagamento a que se refere o art. 150 do CTN, o lançamento por homologação não se aperfeiçoa, dando lugar ao lançamento de ofício. Infere-se, então, que o direito do Fisco, *in casu*, está circunscrito à regra geral estabelecida pelo art. 173 do CTN.

Convém acrescentar que, ainda que se entendesse pela aplicação ao presente caso da norma posta no art. 150 do CTN, a ressalva contida no seu § 4º deixa clara a sua inaplicabilidade na ocorrência de dolo, como se constata nos presentes autos (saída de mercadoria sem acobertamento fiscal):

Art. 150.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.** (Destacou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2010 somente expirou em 31/12/15, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 23/12/15.

No que tange ao pedido das Impugnantes de que seja realizada prova pericial, registra-se que ele não se encontra acompanhado por quesitos pertinentes.

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA, aprovado 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:

I - **não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;** (Destacou-se)

(...)

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária em face dos fundamentos e documentos constantes dos autos.

Quanto à irregularidade apontada no Auto de Infração, as Impugnantes não trazem nenhuma linha de defesa.

Apenas reforçam as questões de nulidade já abordadas em fase preliminar, afirmando que *“tendo-se em vista que já houve devolução de todos os documentos que instruem o Auto de Infração, torna-se prejudicada a defesa, haja vista que não há no processo quaisquer provas hábeis à constituição do crédito passíveis de oposição pelas empresas autuadas”*.

Contudo, reiterando a conclusão firmada em relação aos questionamentos preliminares, as provas constantes dos autos, utilizadas pelo Fisco para a lavratura do presente Auto de Infração **não são ilícitas, mesmo que se refiram a dados extraídos de documentos/arquivos apreendidos e posteriormente devolvidos à Contribuinte**, uma vez que a decisão judicial assim não estabeleceu e, ainda, considerando a competência do Fisco em obter as informações, sem restrições ou mesmo óbices legais, com fulcro no art. 195 do CTN.

Importa salientar o comentário do Fisco de que *“a fragilidade da defesa somente corrobora a verdade material de que houve infração dolosa à ordem tributária”*.

Aqui pertinente trazer à colação o art. 136 do RPTA, o qual dispõe sobre as provas no processo tributário administrativo, *in verbis*:

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Assim, diante do conjunto probatório dos autos, verifica-se que se encontram corretas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

Registra-se que, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional), na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

Art. 13 - O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

No que tange à Multa Isolada aplicada, destaca-se que ela tem por fato gerador o descumprimento de obrigação acessória (falta de emissão de documento fiscal na saída de mercadoria) e foi exigida nos termos da legislação, no percentual de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, com fulcro no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, observado o limite previsto no § 2º do mesmo artigo, vigente à época dos fatos geradores:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e 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:

(...)

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

"§ 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 ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência."

Efeitos de 30/12/2005 a 31/12/2011 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 20, ambos da Lei 15.956/2005:

"§ 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."

Observa-se, contudo, que referido dispositivo, § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, teve sua redação alterada por meio da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017 (MG de 01/07/17), e, posteriormente, pela Lei nº 22.796, de 28 de dezembro de 2017, nos seguintes termos:

Lei nº 6.763/75

(...)

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

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;
(grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 1º/07/2017 a 28/12/2017 - Acrescido pelo art. 56 e vigência estabelecida pelo art. 80, ambos da Lei nº 22.549, de 30/06/2017:

"I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;"

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

"§ 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 ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência."

Nota-se que a redação vigente desse dispositivo, efetivada pela Lei nº 22.796, determina a limitação das multas previstas no art. 55 a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, sem qualquer ressalva.

Considerando que o Fisco adotou a alíquota de 18 % (dezoito por cento) e que a penalidade isolada é de 40 % (quarenta por cento) do valor da operação (inciso II do art. 55), verifica-se que a Multa Isolada foi exigida em valor superior ao limite máximo de duas vezes o valor do imposto incidente (limite máximo das penalidades previstas no art. 55 da Lei nº 6.763/75, conforme novel inciso I do § 2º do referido artigo), portanto, a última alteração legislativa do referido § 2º resulta mais favorável à Autuada.

Dessa forma, necessária se torna a aplicação do art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN, que assim dispõe:

CTN

(...)

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Diante do exposto, no presente caso, a Multa Isolada do art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75 deve ser adequada ao limite máximo previsto em seu § 2º, inciso I, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17, com respaldo no art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional – CTN.

No tocante à majoração da penalidade isolada pela constatação de reincidência (conforme comprovações de fls. 210/211, Anexo 12 do Auto de Infração),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destaca-se que o art. 79, inciso I, alínea “e”, da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017, revogou os dispositivos da Lei nº 6.763/75 (art. 53, §§ 6º e 7º) que previam essa majoração. Examine-se:

Art. 79 - Ficam revogados:

I - na Lei nº 6.763, de 1975:

(...)

e) o item 1 do § 5º e os §§ 6º e 7º do art. 53;

(...)

(grifou-se)

Como a referida alteração legislativa resulta mais favorável à Autuada, e não exige qualquer condicionante, novamente, necessária se torna a aplicação da já citada alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN.

Dessa forma, pertinente a exclusão da majoração da Multa Isolada decorrente da constatação de reincidência.

Quanto à inclusão das empresas “Distribuidora de Móveis Parma Ltda” e “Parma Shop Ltda” no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigadas, nos termos do art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, entende-se correto o procedimento do Fisco, considerando que, com base no trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Combate a Fraudes da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora, que deu origem ao “Relatório de Apuração – Grupo Parma” (Anexo 4 do Auto de Infração, fls. 58/68), restou demonstrado que tais empresas e a Autuada, não obstante terem razões sociais, quadro societário, CNPJ e inscrições estaduais distintos, são, na realidade, uma única empresa.

Procedente também é a inclusão, no polo passivo da obrigação tributária, das sócias-administradoras da empresa autuada, Gabriela Fagundes Parma e Marina Fagundes Parma Gonçalves, 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:

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 às referidas Coobrigadas, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando permitiram a saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido.

Induvidoso que as Coobrigadas (sócias-administradoras) 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.

Importante relembrar a informação do Fisco, reproduzida anteriormente, de que a sócia Gabriela Fagundes Parma figura como beneficiária de um cheque relativo a venda de mercadoria pela empresa, para crédito em sua própria conta bancária, demonstrando inequivocamente, sua participação pessoal no ilícito tributário, conforme documentos de fls. 97 e 221.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta das Coobrigadas com intuito de lesar o Erário Estadual.

Vale comentar que o TJMG, 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. (...).

Ressalta-se que, não obstante a sócia-administradora Marina Fagundes Parma Gonçalves ter pertencido ao quadro societário da Autuada até 07/07/14 (conforme informação do Fisco às fls. 05 e Alteração Contratual de fls. 264/266), entende-se que deve ser mantida sua responsabilidade em relação ao período autuado após a data de sua saída, uma vez que, de acordo com os Contratos Sociais de fls. 268/274, em todo o período autuado, ela permaneceu como sócia-administradora da Coobrigada “Parma Shop Ltda”, que, conforme já demonstrado, compõe com a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autuada e com a Coobrigada “Distribuidora de Móveis Parma Ltda” uma única empresa.

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 CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Vencidos os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Mariel Orsi Gameiro, que o consideravam nulo. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário relativamente aos fatos geradores anteriores a 14/12/10. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para adequar a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN e excluir a majoração da mesma multa isolada, decorrente da constatação de reincidência, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Impugnante Parma Design Comércio de Móveis Ltda, sustentou oralmente o Dr. Délcio de Oliveira Fernandes Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Mariel Orsi Gameiro.

Sala das Sessões, 07 de março de 2019.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

T