

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.175/09/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000214262-67
Impugnação: 40.010124281-83
Impugnante: Mega Beer Distribuidora de Bebidas Ltda.
IE: 186351208.00-09
Proc. S. Passivo: Renata Molisani Monteiro/Outro(s)
Origem: DFT/Contagem

EMENTA

MERCADORIA - ESTOQUE DESACOBERTADO - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – CONTAGEM FÍSICA DE ESTOQUE - Foi constatado, mediante Levantamento Quantitativo – Contagem Física de Estoque, que a Autuada manteve em estoque mercadorias sujeitas à substituição tributária desacobertadas de documentação fiscal. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II, § 2º, inciso III e artigo 55, inciso II c/c artigo 53 §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6763/1975. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Dos fatos

A autuação trata da constatação de que a Autuada mantinha em estoque 462 caixas de cerveja *Brahma Chopp* e 470 caixas de cerveja *Skol Pilsen*, contendo 24 garrafas de 600ml cada, desacobertadas de documentação fiscal.

Consta, do Relatório do AI de fls. 02/04, que ao realizar a contagem física de estoque no estabelecimento (fls.05), a Fiscalização da Delegacia Fiscal de Trânsito de Contagem, verificou que os rótulos das mercadorias apresentavam os seguintes prazos de validade: 09/05/2009 para as caixas de cerveja *Brahma Chopp*; 09/05/2009 e 13/05/2009 para as caixas de cerveja da marca *Skol Pilsen*.

E de acordo com as especificações técnicas do produto, fornecidas no *site* do fabricante (fls. 07/08), o prazo de validade das mercadorias referidas é de 06 (seis) meses. Diante de tal fato, a Fiscalização concluiu que as mercadorias apresentavam as seguintes datas de fabricação: 09/11/2008, para as caixas de cerveja *Brahma Chopp*; 09/11/2008 e 13/11/2008, para as caixas de cerveja *Skol Pilsen*.

No momento da ação fiscal foram apresentadas as Notas Fiscais nº. 003053, de 01/10/2008; nº. 003068, 003069, 003070, de 30/10/2008 e a Nota Fiscal nº. 003078, de 15/11/2008, todas emitidas por DMB Distribuidora de Materiais e bebidas Ltda. E confrontando-as com o prazo de validade da mercadoria, a Fiscalização considerou somente a Nota Fiscal nº 003078, de 15/11/2008, hábil para o acobertamento, por constar data de saída posterior à fabricação dos produtos.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação (100%) prevista no artigo 56, inciso II c/c §2º, inciso III, do mesmo artigo e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, cuja majoração encontra-se prevista no artigo 53, parágrafos 6º e 7º, todos da Lei nº. 6763/1975.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Auto de Infração (AI) de fls. 02/03; Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM) de fls. 04; Levantamento Quantitativo – Contagem Física de Estoques (fls. 05); Tabela de Arbitramento da Base de Cálculo (fls. 06); informações extraídas do *site* do fabricante acerca do prazo de validade da mercadoria (07/08); cópia de notas fiscais apresentadas no momento da ação fiscal (fls. 09/17); cópia da Portaria SUTRI nº. 29 de 30 de outubro de 2008 (fls. 18/22); extratos do SICAF - Consulta Autuações por Envolvido (fls. 23/25), para comprovar a reincidência da autuada.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 31/45, com documentos anexados às fls. 46/58, onde argúi, em preliminar, a nulidade do lançamento em razão do indevido arbitramento da base de cálculo do ICMS/ST, que diz ter se dado mediante utilização de pauta fiscal, veiculada por ato do poder executivo. Afirma que o procedimento adotado contraria o princípio da legalidade, previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional (CTN), bem como as disposições do artigo 10 do Anexo XV do RICMS/2002 e do artigo 13 da Lei Complementar de 1996 (LC/1996).

Também, considera inexigível a Multa Isolada majorada em 100% (cem por cento), por reincidência, alegando cerceamento do direito de defesa, acarretado pela ausência de documentos que possibilitem a verificação de sua caracterização na forma do artigo 53, §§ 6º e 7º, da Lei nº. 6.763/1975.

Aduz que as informações que constam nas telas SICAF não permitem concluir que houve a reincidência, pois, delas não consta qualquer referência à data em que teria sido proferida a decisão administrativa definitiva sobre o crédito exigido, ou a data da suposta confissão do contribuinte ou do alegado pagamento.

Menciona decisão deste conselho e dos tribunais, que entende irem ao encontro da sua pretensão.

Diz que os artigos apontados como violados nas telas do SICAF não guardam identidade nas infrações. E que, tratando-se de previsões genéricas, não podem gerar reincidência, visto alcançarem quase a totalidade das infrações consistentes no descumprimento das obrigações acessórias.

Invoca o artigo 112 do CTN, que enseja aplicação mais favorável ao contribuinte no caso de dúvida.

Contesta a aplicação da taxa SELIC para cálculo dos juros, pois, segundo diz, vai de encontro ao disposto no artigo 161, §1º do CTN, que prescreve a incidência da taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Por fim, requer que seja julgado improcedente o lançamento.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às fls. 61/67, refutando os argumentos da defesa e destaca, em suma, que:

- a Autuada não contesta, nos autos, o fato de manter em estoque mercadorias desacobertadas de documentação fiscal;

- diante da falta de provas sobre o valor da operação, utilizou-se de Preço Médio Ponderado a Consumidor Final – PMPF e não pauta fiscal, como alega a Impugnante;

- a reincidência na prática da mesma irregularidade está comprovada nos autos, conforme documentos de fls. 24 e 25, que mencionam que nos PTAs nº. 04.002099470-91 e nº. 04.002060370-69, de responsabilidade da Autuada, onde exigiu-se multa isolada capitulada no inciso II do artigo 55 da Lei nº. 6763/1975, justificando a majoração da multa em 100% (cem por cento).

Acrescenta que os juros de mora lastreados na taxa selic encontram-se dentro dos parâmetros normativos estaduais e pede pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A Autuada alega que a utilização de pauta fiscal com valores previstos na Portaria SUTRI nº. 29/2008, para avaliação das mercadorias, ofende ao princípio da legalidade tributária, prevista no artigo 97 do CTN, acarretando a nulidade do lançamento.

Todavia, é desprovida de fundamentos a argumentação da defesa, conforme se verá.

O artigo 148 do CTN, dispõe, *in verbis*:

Art. 148 - Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Convém mencionar a lição de Misabel Abreu Machado Derzi (Comentários ao Código Tributário Nacional. Ed. Forense, RJ, 3ª edição: 1998), sobre a matéria:

(...) o arbitramento, disciplinado no art. 148, é apenas uma técnica – inerente ao lançamento de ofício – para avaliação contraditória de preços, bens ou atos jurídicos, utilizável sempre que os documentos ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

declarações do contribuinte não mereçam fé. Assim sendo, tanto nos tributos que deveriam ser lançados com base em declaração do contribuinte ou lançados por homologação, o art. 148 autoriza a Fazenda Pública a por de lado a escrita, os livros e demais informações prestadas pelo sujeito passivo (havendo omissão, fraude ou simulação), para lançá-los de ofício. (...)

Na mesma linha do CTN, o artigo 51, incisos, I, III e VI da Lei nº. 6763/1975, determina:

Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

I - o contribuinte não exibir à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

(...)

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

(...)

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé a declaração, o esclarecimento prestado ou o documento expedido pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Por sua vez, o Regulamento do ICMS de 2002 (RICMS/2002), ao tratar da base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária estabelece:

Art. 19 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüentes:

a) - tratando-se de mercadoria cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

b) - tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

1 - o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

(...).

Verifica-se, portanto, que no caso dos autos, a Fiscalização utilizou-se do Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), divulgado em portaria da Superintendência de Tributação, (SUTRI) mediante Portaria nº. 29, de 30/10/2008, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Deste modo, fica demonstrado que não houve ofensa ao princípio da legalidade, quando a fiscalização apurou a base de cálculo do imposto, com total observância das determinações legais e regulamentares.

No que tange ao alegado cerceamento de defesa, por falta de documentos esclarecedores e probantes da reincidência na prática da irregularidade, também se mostram insubsistentes os argumentos trazidos.

Foram juntados ao AI, os documentos de fls. 23/25, que consistem em informações extraídas do SICAF, comprobatórias da reincidência, que se caracteriza pelas autuações sofridas, que ensejaram a imposição de penalidade prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº. 6763/1975, conforme PTA's nº. 04.002099470-91 e nº. 04.002060370-69, fls. 23/24/25.

Referidos PTA's encontram-se quitados (doc. fls. 23) e a caracterização da reincidência encontra-se, portanto, comprovada. Por isto, a multa isolada foi corretamente majorada em 100 % (cem por cento).

A majoração da multa isolada, tal como se deu neste processo, encontra respaldo nos §6º e § 7º do art. 53 da Lei nº. 6.763/1975, *in verbis*:

Art. 53 -

(...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou a declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

Deste modo, fica evidenciado que não houve cerceamento do direito de defesa, uma vez que a autuada teve acesso a toda a documentação anexada aos autos, inclusive, as que comprovam a reincidência, sendo-lhe permitido o amplo direito ao contraditório.

Rejeita-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do mérito

Conforme já relatado, a Fiscalização constatou, em 17/11/2008, que a Autuada mantinha em estoque 462 caixas de cerveja Brahma Chopp e 470 caixas de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cerveja Skol Pilsen, com 24 garrafas de 600 ml cada, desacobertadas de documentação fiscal.

As notas fiscais apresentadas no momento da ação fiscal de nºs 003053, 003068, 003069, 003070 e 003078 (fls. 09/17), emitidas por DMB Distribuidora de Materiais e Bebidas Ltda., foram emitidas com data de saída de 01/10/2008, 30/10/2008 e 15/11/2008.

No entanto, os rótulos das garrafas ostentavam prazo de validade até 09/05/2009 e até 13/05/2009. Como a cerveja tem prazo de validade de 6 (seis) meses, segundo as especificações técnicas juntadas aos autos às fls. 07/08, a fiscalização concluiu que os produtos foram fabricados em 09/11/2008 e 13/11/2008.

Assim, as notas fiscais apresentadas não foram aceitas como documentos hábeis a acobertar as mercadorias, à exceção da Nota Fiscal nº. 003078, cuja data de saída é posterior a da fabricação.

Cabe destacar que a Impugnante não contesta o mérito do trabalho, ou seja, a constatação pela Fiscalização de que mantinha em estoque mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. As arguições da Impugnante, praticamente se restringem às questões que já foram tratadas em sede de preliminar, porque dizem respeito à nulidade do lançamento e ao cerceamento do direito de defesa.

Vale dizer, que dada à especificidade do produto, cerveja, de alto giro, principalmente no verão, e o fato da Autuada ser uma distribuidora, são cabíveis as conclusões da Fiscalização. Por outro lado, não se concebe que a Autuada, considerando os aspectos apontados, mantivesse estoque de cerveja com prazo de validade vencido. Tampouco isto foi alegado.

E não é demais repetir, uma vez que a matéria já foi abordada em sede de preliminar, que apuração da base de cálculo obedeceu às normas legais e regulamentares, ao se adotar, para tal finalidade, os preços médios ponderados a consumidor final, no período de 1º de novembro de 2008 a 28 de novembro de 2008, nos termos da Portaria SUTRI nº. 29, de 30 de outubro de 2008, anexada às fls. 18/22.

Quanto à Multa Isolada exigida, capitulada no artigo 55, Inciso II da Lei nº. 6763/1975, majorada em 100% (cem por cento) em face da 2ª reincidência comprovada nos autos, há que se enfatizar que os extratos do SICAF de fls. 23/25 contêm todos os elementos que demonstram as autuações sofridas pela Impugnante, conforme PTAs nº. 04.002099470-91 e nº 04.002060370-69, fls. 23/24/25, onde lhe foram impostas penalidades idênticas a ora exigida. Acrescenta-se que o crédito tributário referente aos PTAs mencionados encontram-se quitados (fls. 23).

Dispõe o inciso II, do artigo 55 da Lei nº. 6763/1975, *in verbis*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação;
(...).

No caso, ficou caracterizado o ilícito tributário consubstanciado no AI de fls. 02/03, pressuposto fático para a aplicação da multa isolada acima mencionada.

Outrossim, não é caso de aplicação do artigo 112 do CTN, como pretende a Impugnante, para excluir as exigências impostas a título de majoração da multa isolada, pois, não pairam dúvidas sobre a correção do feito fiscal, ao impor a penalidade isolada, majorada em 100% (cem por cento) em face da reincidência constatada.

No tocante às arguições da defesa, relativas à cobrança de juros de mora, salienta-se a previsão do artigo 226 da Lei nº. 6.763/1975, disciplinada pela Resolução da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais nº. 2.880 de 13/10/1997, bem como dos artigos 212 e 215 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários e Administrativos (RPTA).

Estabelece a mencionada resolução que os créditos tributários, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, serão acrescidos de multa e juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Lei nº. 6.763/1975

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Resolução 2.880/1997

Art. 1º - Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

RPTA/MG (Decreto nº. 44.747/2008)

Art. 212 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados, terão, se for o caso, seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, observado o disposto em resolução da Secretaria de Estado de Fazenda.

(...)

Art. 215 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Conclui-se, finalmente, que restou plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária, nos termos descritos no Auto de Infração em comento, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências nele consubstanciadas.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edécio José Cançado Ferreira (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 04 de junho de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Maria de Lourdes Medeiros
Relatora