

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 16.135/03/3^a Rito: Ordinário

Impugnações: 40.010108520-93; 40.010109999-49; 40.010110000-82;
40.0101100003-25; 40.010110002-44; 40.010110001-63;
40.0101100004-06

Autuada: Facilita Distribuidora e Comércio Ltda.

Impugnantes: Facilita Distribuidora e Comércio Ltda, Solange Rezende Vieira;
Izabel Bernardo Borges; Ricardo Vilanova Orsini; Ronaldo Alves
Tadeu; Carlos Alberto Salles Filho; Eliene Batista Oliveira Silva

Proc. S. Passivo: Carlos Antônio dos Santos/Outros (Aut. e Coob.)

PTA/AI: 01.000140380-62

Inscr. Estadual: 062.068103.0061 (Autuada)

CPF (Coob.): 604.902.686.68 (Solange); 390.762.106.91 (Izabel);
374.069.226.04 (Ricardo); 296.758.206.91 (Ronaldo);
255.927.266.00 (Carlos); 201.062.976.00 (Eliene).

Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – EXTRAVIO DE NOTA FISCAL. Constatado extravio de notas fiscais emitidas no período de 01.01.1997 a 31.01.2001, acarretando o arbitramento dos valores de saídas correspondentes (exceção àqueles referentes às notas fiscais emitidas para o contribuinte TAMBASA), nos termos do inciso I, artigo 51, Lei 6763/75. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso XII, artigo 55, Lei 6763/75. Infração plenamente caracterizada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Apropriação indevida de crédito de ICMS proveniente de nota fiscal previamente declarada inidônea pelo Fisco. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso X, artigo 55, Lei 6763/75. Infração plenamente caracterizada.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Constatadas saídas de mercadoria (sacos de lixo) desacobertas de documentos fiscais, mediante Levantamento da Conta Mercadoria. Apuração meramente aritmética. Alegações da Impugnante insuficientes para descaracterizar as exigências fiscais. Infração plenamente caracterizada.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COBRIGADO – SOLIDARIEDADE. Constatada a responsabilização tributária dos Coobrigados pelos ilícitos tributários, tendo em vista a outorga de poderes a eles efetivada, pelos sócios, para gestão da empresa, através de instrumentos de procurações públicas. Desta forma, nos termos do inciso II, artigo 124, CTN c/c incisos VI e XII, artigo 21, Lei

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

6763/75, tais pessoas respondem solidariamente pela obrigação tributária em comento. Não obstante, respondem pelo crédito tributário pertinente ao período ao qual lhes foram outorgados os poderes de gerência.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre:

- Extravio de notas fiscais de saída no período de 01.01.1997 a 31.01.2001;
- Falta de recolhimento do ICMS, no período de 01.01.1997 a 31.01.2001, sendo parte da irregularidade apurada com base em documentos apresentados por cliente do sujeito passivo e parte apurada com base em arbitramento;
- Apropriação indevida de crédito de ICMS, destacado na nota fiscal 10.329, de Expor Com. de Import. e Export. Ltda., de 18.01.02, declarada inidônea;
- Saída de sacos de lixo sem documento fiscal, nos exercícios de 2001 e 2002.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 399/433, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 524/532.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 538/551, opina pela procedência do lançamento.

O Fisco anexa aos autos instrumentos de procurações públicas e reformula o lançamento lançando os procuradores no pólo passivo da obrigação tributária, como coobrigados pelo crédito tributário em comento (fls. 553/571).

Os Coobrigados apresentam Impugnações contra as quais o Fisco se manifesta.

A Auditoria Fiscal, ao final, em novo parecer, às fls. 1072/1077, ratifica seu entendimento anterior, acrescentando, apenas, que as responsabilidades dos Coobrigados se limitam ao período em que os mesmos tinham poder de gestão da empresa.

DECISÃO

Irregularidades 1 e 2) Extravio de notas fiscais de saída e falta de recolhimento do ICMS no período de 1997 a janeiro de 2001.

Os fundamentos expostos nos pareceres da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

O Fisco constatou o extravio de notas fiscais de saída referentes ao período de 01.01.1997 a 31.01.2001, bem como a falta de recolhimento do ICMS nesse mesmo período.

No confronto entre as notas fiscais emitidas pela Autuada e destinadas à empresa Tecidos e Armarinhos Miguel Bartolomeu S/A - TAMBASA e as DAPI relativas ao mesmo período, verificou-se que o somatório mensal dos débitos das referidas notas fiscais superavam os valores lançados a débito, nas DAPI, informados pela empresa autuada, conforme demonstrado no quadro de fls. 19.

Ao ser intimada, em 11.04.02, por meio do TIAF nº 11.194, fls. 02, a apresentar os livros fiscais, a Autuada apresentou os comunicados de fls. 146 a 148, em 29.08.01 e 03.05.01, informando que as DAPI, os DAE, as DAMEF/VAF, os Livros Registro de Entradas, Saídas, Apuração do ICMS, Registro de Inventário e RUDFTO, referentes ao período de dezembro de 1991 a janeiro de 2001, haviam extraviado.

O Comunicado de extravio de notas fiscais de saída e notas fiscais de entrada, relativo ao período de dezembro/91 a dezembro/00, não tem como ser aceito face à falta de carimbo de protocolo da Repartição Fazendária, considerando-se, dessa forma, que foi entregue após o início da ação fiscal.

Tendo em vista a comprovação de que a Autuada declarou nas DAPI valores menores que das notas fiscais destinadas à TAMBASA, evidenciando que a Autuada não levou a tributação o valor total das suas operações, correto o procedimento do Fisco em arbitrar os valores das notas fiscais destinadas aos demais clientes, as quais não foram apresentadas para realização do trabalho fiscal.

O arbitramento do valor das operações relativas às notas fiscais que foram extraviadas está respaldado nas disposições contidas no § 27 do artigo 13 e inciso I, artigo 51, todos da Lei n.º 6.763/75, que assim determina:

“Art.13 - “omissis”

(...)

§ 27 - A base de cálculo do imposto, conforme dispuser o Regulamento, será arbitrada pelo Fisco, quando for omissa ou não merecer fé a declaração, o esclarecimento ou o documento do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sujeito passivo ou de terceiro legalmente obrigado, assegurado a este o direito à contestação do valor arbitrado, mediante impugnação, com exibição de documento que comprove suas alegações, dentro do contencioso administrativo-fiscal, na forma em que dispuser a legislação tributária administrativa.

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”.

Conforme Quadros I e II, doc. fls. 17/18, o Fisco arbitrou o valor das operações para cada mês.

Verifica-se que o Fisco considerou o intervalo entre o número da nota fiscal emitida para a TAMBASA no início do mês e a emitida no final daquele mês, apurando o montante de notas fiscais emitidas naquele período, como demonstrado no quadro de fls. 17.

O Fisco calculou o valor médio das demais saídas e o valor médio das saídas para a TAMBASA, conforme demonstrativo de fls. 14, chegando-se ao percentual de 16,441, considerando-se a documentação apresentada pela Impugnante, a partir de fevereiro de 2001, único parâmetro possível de ser utilizado, já que a documentação emitida nos períodos anteriores não foi exibida.

Com base nas saídas efetuadas pela Autuada no exercício de 2001, foi apurada a alíquota média de ICMS, 13,76%, conforme demonstrado às fls. 14/15.

Como explica o Fisco, “de posse das quantidades de notas fiscais emitidas mensalmente para outros destinatários que não a TAMBASA, fls. 17, considerando a proporção das demais saídas, 16,441%, fls. 14, e alíquota média de 13,76%, fls. 15, montou-se o Quadro II, fls. 18, obtendo-se a base de cálculo e o ICMS mensal das saídas para outros clientes, no período de jan/97 a jan/01”

Os valores do ICMS apurados no Quadro II, fls. 18, foram levados a recomposição da conta gráfica, conforme VFA de fls. 20/24, apurando-se recolhimento a menor do imposto.

Não prevalece o entendimento da Autuada de que as DAPI não podem ser utilizadas para apuração de valores de operação, uma vez que os livros e outros documentos fiscais não foram utilizados, em razão de não terem sido apresentados pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, a DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS) é documento fiscal previsto no artigo 157 do Anexo V do RICMS/96, cujas informações são prestadas pelo próprio contribuinte.

Não procede também a alegação da Impugnante de que o Fisco presumiu a ocorrência dos mesmos fatos geradores durante 05 anos consecutivos, tendo em vista que, conforme demonstra o Quadro II, doc. fls. 18, para cada mês foi apurado um valor diferente, baseando-se no valor das notas fiscais emitidas no mês para a TAMBASA e no intervalo de notas fiscais emitidas no respectivo mês para os demais clientes.

O arbitramento foi efetuado nos termos do inciso I, artigo 53, RICMS/96, que regulamentou o inciso I, artigo 51, Lei n.º 6.763/75, utilizando-se como parâmetro a proporção entre o valor médio das saídas para clientes diversos e o valor médio das saídas para o cliente TAMBASA, com fulcro no inciso XI, artigo 54, RICMS/96.

Verifica-se que a Impugnante não apresentou qualquer documento que comprovasse suas alegações, conforme lhe faculta o § 2º do artigo 54 do RICMS/96.

Não agiu o Fisco com presunção, uma vez que os valores apurados foram baseados nas declarações do próprio contribuinte autuado, além das notas fiscais emitidas para o cliente TAMBASA.

Portanto, legítimas as exigências de ICMS e respectiva Multa de Revalidação.

Correta, também, a exigência da Multa Isolada, prevista no inciso XII, artigo 55, Lei n.º 6.763/75, calculada com base no valor da operação arbitrada pelo Fisco, demonstrado no Quadro II, fls. 18, tendo em vista o extravio das notas fiscais de saída.

Irregularidade 3) Apropriação indevida de crédito de ICMS, destacado na Nota Fiscal 10.329, de Expor Com. de Import. e Export. Ltda., de 18.01.02, declarada inidônea:

O Fisco constatou que a Autuada apropriou-se indevidamente de crédito de ICMS destacado na nota fiscal n.º 10.329, de 18.01.02, declarada inidônea, mediante Ato Declaratório n.º 09.701.110-00669, conforme consta do Relatório Fiscal às fls. 11.

Conforme informação às fls. 30, a referida nota fiscal foi declarada inidônea face à impressão dos documentos sem a devida autorização, cujo comunicado foi publicado no “Minas Gerais” em 06.04.02.

O documento fiscal foi declarado inidôneo, nos termos do 134, inciso I, do RICMS/96.

O início de ação fiscal data de 11.04.2002, portanto, após a publicação do ato declaratório de inidoneidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Ato Declaratório de inidoneidade ou falsidade decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, providenciado nos termos do artigo 1º da Resolução nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas no artigo 3º da referida resolução.

É pacífico na doutrina os seus efeitos “ex tunc”, pois não é o ato em si que impregna os documentos de inidoneidade ou falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões.

O Ato Declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo no Diário Oficial do Estado, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

De conformidade com o disposto no artigo 4º da Resolução nº 1.926/89, é facultado ao contribuinte que tenha efetuado registro de documento fiscal inidôneo ou falso promover o recolhimento do imposto indevidamente aproveitado, atualizado monetariamente e acrescido de multa de mora, desde que assim o faça antes da ação fiscal, providência esta não tomada pela Autuada.

O procedimento fiscal encontra-se respaldado pelo artigo 70, inciso V, do RICMS/96, uma vez que não foram carreados aos autos quaisquer comprovantes de recolhimento do imposto.

Como ressaltado pelo Fisco, não procede a alegação feita pela Autuada de que a SEF/MG é totalmente incompetente para expedir ato declaratório de inidoneidade/falsidade de empresas de outros Estados, tendo em vista que este provém de acordo de cooperação entre os Estados. E quando a SEF/MG publicou o ato declaratório no “Minas Gerais”, as notas fiscais emitidas pela Expor Comércio de Imp. e Exp. Ltda já haviam sido declaradas inidôneas/falsas pelo Fisco do Estado de São Paulo.

Aliás, a discussão nos autos é sobre o aproveitamento indevido do crédito. O Ato Declaratório de Inidoneidade/Falsidade deve ser questionado, em tempo hábil, pelas empresas que tiveram seus documentos fiscais assim declarados e não por aquelas que aproveitaram de forma indevida o crédito destacado em nota fiscal inidônea/falsa.

Sendo assim, corretas a exigências do ICMS, apurado após a recomposição da conta gráfica, Multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada no inciso X, artigo 55, Lei nº 6763/75.

Irregularidade 4) Saída de sacos de lixo sem documento fiscal:

Com base em Levantamento da Conta Mercadoria do período de 01.02.01 a 11.04.02, Quadro III, doc. fls. 26, o Fisco constatou que a Autuada promoveu a saída de sacos de lixo sem documentação fiscal, nos exercícios de 2001 e 2002.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ao deduzir do valor das entradas as saídas com nota fiscal, o Fisco apurou saídas sem nota fiscal.

O estoque inicial foi considerado zero, uma vez que não foi apresentado o livro Registro de Inventário relativo ao período de 01.01.97 a 01.01.2001.

Verifica-se que “tal procedimento, ao contrário do que alega a defesa, mostrou-se favorável à Contribuinte, pois quanto maior o estoque inicial, maior o valor das saídas desacobertadas”, como bem argumentado pelo Fisco.

Quanto ao estoque final, constatou-se ser zero quando da contagem física de estoque realizada no estabelecimento da Autuada.

Como demonstrado na manifestação de fls. 530/531, para realização do levantamento quantitativo da mercadoria, sacos de lixo, o único procedimento possível foi o levantamento da conta mercadoria, tendo em vista inconsistências na classificação dos produtos, nas unidades e nos preços unitários descritos nas notas fiscais de entrada e de saída de sacos de lixo.

Concorda-se com o Fisco que qualquer procedimento fundado em LQEM (Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias) haveria o risco de se apurar preço médio irreal, classificar-se incorretamente o produto ou apurar-se quantidade incorreta por produto.

Sendo assim, legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, corretamente capitulada na alínea a, inciso II, artigo 55, Lei n.º 6.763/75.

Com relação à aplicação da taxa SELIC, salienta-se que, segundo o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei n.º 6.763/75, para a correção de débitos estaduais e para o cálculo dos juros moratórios deverão ser observados os mesmos critérios adotados para os débitos fiscais federais.

A Resolução n.º 2.880, de 13.10.97, que disciplina a cobrança de juros de mora, incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabelece em seu artigo 1º que 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.

Tendo em vista que a aplicação da taxa SELIC para correção de créditos tributários está prevista na legislação tributária, não compete ao CC/MG negar a sua aplicação, nos termos do inciso I, artigo 88, CLTA/MG.

A Impugnante sustenta, ainda, que as multas aplicadas têm efeito confiscatório.

No entanto, o confisco diz respeito a tributo e não a penalidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reza a CF/88, em seu art. 150, inciso IV “*é vedado utilizar tributo com efeito de confisco*”.

A Teoria do confisco diz respeito ao montante do tributo que ultrapassa a renda ou a propriedade da pessoa, caso que não restou caracterizado nos autos.

A Autuada requer realização de perícia para comprovação de erros apurados no Levantamento Quantitativo, conforme consta às fls. 425.

Não obstante a Impugnante ter elencado a finalidade desejada em requerer tal expediente, conclui-se que não foram apontados de forma precisa os quesitos para a análise de Perícia, assim entendido nos termos do artigo 98, inciso III da CLTA/MG.

Por conseguinte, o pedido deixou de ser indeferido formalmente. Mesmo se assim não fosse, entende-se que a matéria tratada é suprível pelas provas constantes dos autos, consoante o artigo 116 da CLTA/MG.

Não há qualquer dúvida que enseja a aplicação do artigo 112 do CTN, como pretendido pela Impugnante.

Por outro lado, amparado nas Procurações de fls. 554/565, o Fisco incluiu no pólo passivo da obrigação tributária os mandatários da empresa, Solange Rezende Vieira, Izabel Bernardo Borges, Ricardo Vilanova Orsini, Ronaldo Alves Tadeu, Carlos Alberto Salles Filho e Eliene Batista Oliveira, razão pela qual o Auto de Infração foi alterado (fls. 566/568), quando foi reaberto o prazo regulamentar de 30 (trinta) dias aos sujeitos passivos (Autuada e Coobrigados) para pagamento ou parcelamento do valor constante da peça fiscal com as reduções previstas na legislação tributária ou, ainda, para apresentação de Impugnação.

Com relação à eleição dos Coobrigados, ressalta-se que, em se tratando de mandatário, a sua responsabilidade está prevista no inciso VI, artigo 21, Lei n.º 6.763/75, que assim dispõe:

“Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

VI - o representante, o mandatário, o gestor de negócios, em relação às operações realizadas por seu intermédio.”

O inciso XII do mencionado artigo ainda atribui a responsabilidade a “qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes”.

Está evidenciado nos autos que os Coobrigados arrolados na peça fiscal eram os efetivos mandatários da empresa e tinham pleno poderes de gestão durante o período objeto das exigências, conforme consta das Procurações de fls. 554/565.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme enfatizado pelo Fisco, os termos das Procuраções demonstram que houve uma ampla outorga de poderes, com os quais os mandatários interferiram em todos os negócios e atividades realizadas pela Autuada.

Os Coobrigados alegam que jamais exerceram atos de administração e/ou gerência da empresa autuada e que não consta dos autos cópia de qualquer documento por eles assinado, em nome da Autuada, que pudesse comprovar o exercício da gerência e/ou administração.

Percebe-se que tal alegação não deve prosperar, tendo em vista que as próprias Procuраções registradas em cartório são provas suficientes do exercício da gerência e/ou administração praticada pelos Coobrigados.

Sendo assim, não há dúvida que os Coobrigados respondem solidariamente pela obrigação tributária, uma vez que os incisos VI e XII, artigo 21, Lei n.º 6.763/75 c/c o artigo 124 do CTN, determinam que o madatário ou gestor de negócios, em mesmo grau que a pessoa jurídica, seja responsabilizado, como também qualquer pessoa que tenha colaborado para o não recolhimento do tributo.

Não obstante, conforme salientado pelo próprio Fisco, para exigência do crédito tributário devem ser respeitadas, para cada Coobrigado, a data expressa em sua respectiva procuração.

Nesse sentido, reitera-se o entendimento supra concluindo que os Coobrigados respondem pelo crédito tributário pertinente ao período ao qual lhes foram outorgados os poderes de gerência.

Dessa forma, estando presentes no Auto de Infração todos os requisitos e pressupostos necessários e como os Impugnantes não trouxeram nenhum argumento ou fato que acarretasse sua modificação ou anulação, conclui-se pela correção das exigências fiscais, ressalvando, apenas, a adequação supra.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) e Windson Luiz da Silva. Pela Impugnante, sustentou oralmente Dra. Joana Maria de Oliveira Guimarães e, pela Fazenda Pública Estadual, Dr. Célio Lopes Kalume.

Sala das Sessões, 16/09/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator