

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.282/16/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000229042-61
Impugnação: 40.010137473-63, 40.010138436-21 (Coob.)
Impugnante: Nutriara Alimentos Ltda.
IE: 578063178.00-02
Carlos Luiz Lobo (Coob.)
CPF: 210.348.936-53
Coobrigado: José Marcos Calsavara
CPF: 523.220.849-72
Proc. S. Passivo: Jan Przewodowski Montenegro de Souza/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA – CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatou-se que a Autuada promoveu saída de mercadoria, ração para cães, sujeita à substituição tributária, desacobertada de documentação fiscal, conseqüentemente sem o recolhimento do imposto devido. Irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo, procedimento idôneo previsto no inciso II do art. 194 do RICMS/02. Exigências de ICMS operação própria, ICMS/ST, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) do valor do ICMS operação própria e de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST, de acordo com o art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75, bem como da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, da citada lei. Infração caracterizada. Entretanto, deve-se adotar, na apuração da multa isolada, a base de cálculo do ICMS operação própria.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – APLICAÇÃO DE ÍNDICE TÉCNICO – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatou-se que a Autuada promoveu saída de mercadoria, ração para cães, sujeita à substituição tributária, desacobertada de documentação fiscal, conseqüentemente sem o recolhimento do imposto devido. Irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo c/c aplicação de índice técnico de produtividade, procedimentos idôneos, previstos nos incisos II e VI do art. 194 do RICMS/02. Exigências de ICMS operação própria, ICMS/ST,

Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) do valor do ICMS operação própria e de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST, de acordo com o art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75, bem como da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, da citada lei. Infração caracterizada. Entretanto, deve-se adotar, na apuração da multa isolada, a base de cálculo do ICMS operação própria.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação é referente à constatação de que a Autuada promoveu, no período de 01/01/09 a 31/12/09, saídas de rações para cães desacobertadas de documentos fiscais, cujas mercadorias são sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do item 16, subitem 16.1, da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 acarretando falta de recolhimento de ICMS operação própria e de ICMS/ST.

Irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, em relação aos produtos comercializados pela Contribuinte (Irregularidade 1), e aplicação de índice técnico de produtividade c/c levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, em relação a produtos industrializados pela Autuada (Irregularidade 2).

Exigência de ICMS operação própria, ICMS/ST, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do ICMS operação própria e de 100% (cem por cento) sobre o valor do ICMS/ST, de acordo com o art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75, bem como da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, da citada lei, majorada nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da mesma lei.

O presente trabalho encontra-se instruído por Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000008862.35, procuração e comprovantes de entrega (fls. 02/11); Auto de Infração-AI (fls. 12/15); Relatório Fiscal (fls. 16/21); Anexo 1 – Planilhas referentes à apuração da irregularidade 1 (fls. 22/27); Anexo 2 – Planilhas referentes à apuração da irregularidade 2 (fls. 28/34); Anexo 3 – Demonstrativo do Crédito Tributário Consolidado (fls. 35/36); Anexo 4 – Documentos utilizados para apuração da irregularidade 1 (fls. 37/45); Anexo 5 – Documentação referente à irregularidade 2 – intimações e respectivas respostas (fls. 46/66); Anexo 6 – Dados utilizados para apuração da irregularidade 2 (fls. 67/69); Anexo 7 – Documentos relativos ao PTA nº 01.000172479-75 (fls. 70/100); Anexo 8 – Telas do SICAF constando o cancelamento de inscrições estaduais dos destinatários de mercadorias isentas, por encerramento irregular de atividades (fls. 101/108); Anexo 9 – Declarações contendo informações sobre a utilização, na fabricação das rações, dos insumos PANODAN e DIMODAN no AI 01.000172479.75 e no presente AI (fls. 109/113); Anexo 10 – Cópias do livro Registro de Inventário 02 (fls. 114/146).

Ressalte-se que, tendo em vista a constatação fiscal, mediante diligência, de desaparecimento da Contribuinte, o Sujeito Passivo foi intimado por edital, nos termos do § 1º do art. 10 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, conforme documento de fls. 148/149.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 156/180, requerendo a nulidade do Auto de Infração e, se ao mérito chegar, a improcedência do lançamento, e anexa documentos de fls. 181/219.

Às fls. 222/226 a Fiscalização procede à retificação da peça fiscal, para excluir o termo “LEVANTAMENTO DE NOTAS FISCAIS EMITIDAS PARA DESTINATÁRIO DIVERSO DOS CONSIGNADOS EM ALGUNS DOCUMENTOS FISCAIS” do item h do Relatório Fiscal de fls. 16/19, uma vez que tal procedimento não faz parte do presente trabalho, permanecendo inalterados os demais itens, conforme Relatório Fiscal de fls. 223/226.

Regularmente cientificada sobre a retificação, a Autuada adita sua impugnação às fls. 232/233, reiterando os termos e pedidos da impugnação inicial.

Às fls. 235/237 a Fiscalização novamente retifica o lançamento, para incluir os sócios-gerentes da Autuada no polo passivo da obrigação tributária, uma vez que a inscrição estadual da Contribuinte foi cancelada em 06/01/15, em virtude da constatação fiscal de inatividade da empresa no endereço por ela indicado e constante do cadastro da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG, conforme telas do SICAF de fls. 236/237.

Devidamente intimados (Autuada e Coobrigados), somente o Coobrigado Carlos Luiz Lobo apresenta, por procurador regularmente constituído, a Impugnação de fls. 243/271, cujos argumentos foram idênticos aos apresentados inicialmente pela Impugnante/Atuada, salvo no que se refere à inclusão do sócio-administrador como responsável solidário no polo passivo da obrigação tributária.

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 279/298, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Considerando o saneamento do processo efetuado por este Conselho, conforme fls. 301/302, a Fiscalização efetua a reformulação do crédito tributário de fls. 306, para excluir a multa por reincidência prevista nos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, apurando o Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 307.

Regularmente cientificados (Autuada e Coobrigados) sobre a retificação, somente a Autuada adita sua impugnação às fls. 326/352, reiterando os termos da impugnação inicial.

A Fiscalização, por sua vez, manifesta-se às fls. 362/380.

Ato contínuo, conforme documento de fls. 382, houve novo saneamento do processo efetuado por este Conselho, pelo que se observou a falta de intimação do procurador da Autuada em relação ao Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 235.

Assim, após a devida intimação e conseqüente abertura de prazos legais, a Autuada e o Coobrigado Carlos Luiz Lobo apresentam aditamento à impugnação de fls. 391/395, por intermédio do procurador regularmente constituído, e a Fiscalização, novamente, manifesta-se às fls. 399/400.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 402/423, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas. No mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos das reformulações do lançamento às fls. 222, 235 e 306 e, ainda, para que se adote, como base de cálculo da multa isolada, o valor da base de cálculo do ICMS operação própria, em ambas as irregularidades.

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.

Da Preliminar

Os Impugnantes alegam nulidade do lançamento por entenderem que haveria inconsistência entre a infração, o relato e os fatos.

Afirmam que diversas informações contidas no trabalho não correspondem à verdade e, se correspondesse, a Fiscalização estaria penalizando a Autuada pela mesma infração em duas autuações distintas, “*restando clara a ocorrência do bis in idem*”.

Reclamam que não é possível identificar no processo as informações que fundamentaram a apuração do crédito tributário efetuado pela Fiscalização, não permitindo à Defesa determinar com segurança a natureza da infração supostamente cometida.

Contudo, as inconsistências reclamadas pelos Impugnantes não procedem.

Os trechos pinçados do Relatório Fiscal pelos Impugnantes devem ser interpretados levando-se em consideração todo o relatório.

Nesse relatório, a Fiscalização destacou as semelhanças entre os fatos apurados na presente autuação e os fatos descritos no Auto de Infração nº 01.000172479.75, demonstrando que os indícios de irregularidades presentes no período de 2006 (PTA nº 01.000172479.75) também estavam presentes no período de 2009.

Também não há que se falar em *bis in idem*.

As irregularidades apontadas no presente trabalho estão claramente relatadas no item “i” do Relatório Fiscal (fls. 17), que se referem à acusação de dar saída a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, de forma desacobertada de documento fiscal, pelo que se exigiram ICMS, ICMS/ST e multas cabíveis.

Constatou-se também, na mesma ação fiscal, a irregularidade de “emissão de notas fiscais consignando destinatários diversos daqueles a quem as mercadorias efetivamente se destinaram”, que compõe outro lançamento (PTA nº 01.000229149-92), pelo que se exigiu somente multa isolada.

Portanto, foram lavrados dois Autos de Infração para irregularidades totalmente distintas.

Ressalte-se que todas as informações utilizadas pela Fiscalização para apuração do crédito tributário, inclusive dados de produção e índices técnicos, se encontram nos anexos constantes do Auto de Infração, especialmente no Anexo 5, cujos dados foram fornecidos pela Autuada após intimações de fls. 47/66.

Conforme destacado pela Fiscalização, as informações constantes às fls. 61, 62, 64 e 66 foram rubricadas pelo Contabilista da Autuada, Sr. Benedito Herança.

Observa-se, assim, o intuito protelatório dos argumentos apresentados pela Defesa, demonstrando má-fé ao afirmar que os documentos que fazem parte do PTA são “*apócrifos e sem a identificação de quem os apresenta*”.

Os Impugnantes também alegam ausência de provas que justifiquem a autuação, ao argumento de que o AIAF nº 10.000008862.35, que deu origem à fiscalização, teve início no dia 03/04/14 para o período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, sendo que os documentos utilizados pela Fiscalização são datados de 2008.

Defendem que a Fiscalização teria feito confusão ao utilizar uma intimação datada de 27/11/13, pela qual são solicitados documentos relativos a período que não abrange o fiscalizado, ferindo os princípios do devido processo legal, do ato administrativo e do amplo direito de defesa.

Assim, reforçam o entendimento de que no processo não existem elementos que constituam as infrações lançadas.

Entretanto, mais uma vez os Impugnantes apresentam argumentos inconsistentes sem trazer qualquer prova documental para demonstrar o alegado.

Cumprе reiterar que os documentos utilizados no levantamento das irregularidades que compõem o presente trabalho, relativos ao período de 2009, foram fornecidos pela Autuada e estão presentes nos anexos acostados ao PTA.

Conforme esclarecimentos trazidos pela Fiscalização em sua manifestação fiscal, houve necessidade de nova intimação (fls. 47) apenas para identificarem quais mercadorias foram produzidas no ano de 2009, conforme fls. 52/59.

A Fiscalização acrescenta que os índices técnicos de produtividade, o consumo médio e quebra de matéria-prima e a relação do consumo de matérias-primas e o produto acabado final são os mesmos de 2006, o que pode ser confirmado, ao comparar as fls. 60/66 do Anexo 5 do presente Auto de Infração com as fls. 31/36 do Auto de Infração nº 01.000172479.75, relativo ao período de 2006.

Vale reproduzir aqui trechos da manifestação fiscal:

Primeiramente cabe dizer, que os argumentos da defesa da Impugnante não são novos.

Em manifestação fiscal ao Auto de Infração nº 01.000172479.75 (fl. 1003) a impugnante já apresentava a mesma manifestação. Lá como aqui alega que o levantamento quantitativo efetuado e as quantidades apuradas não se originaram de documentos apresentados pela impugnante.

(...)

Cabe ressaltar que a Autuada ao impugnar o Auto acima mencionado, fez as seguintes declarações: “Tanto o Panodam como o Dimodam são microingredientes do tipo emulsificantes, que trazem eficiência ao processo produtivo.

Também cabe ressaltar a sua utilização na produção de produtos mais elaborados, que possuem um processo produtivo mais complexo, o que obriga a empresa a utilizar mecanismos para uma produção mais eficiente, enquadrando-se nisso o uso do panodam e Dimodam.”

Como ficou claro, os microingredientes Panodan e Dimodan só são utilizados em produtos mais elaborados, entretanto, ao ser intimada (fl. 49) a apresentar informações sobre seu processo produtivo, a Impugnante atestou que tais microingredientes foram utilizados na produção de todas as rações produzidas, conforme se observa nos documentos de folhas 110/112 e 113, o que nos obrigou a procurar outro microingrediente, já que as informações prestadas pela Autuada tornaram-se contraditórias e pouco confiáveis.

Em aditamento de impugnação, às fls. 330/332, a Defesa também reclama pela nulidade, à alegação de que o Auto de Infração apresenta divergência de valores apurados. Verifica que, ao excluir penalidade mediante retificação do lançamento, a Fiscalização não poderia majorar o crédito tributário, como observado nos demonstrativos de fls. 225 e 307.

Todavia, novamente se encontra equivocado o entendimento da Impugnante, pois o demonstrativo de crédito tributário apresentado às fls. 225 corresponde ao ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, inclusive sua majoração, mas sem os valores de juros, que estão presentes no demonstrativo de fls. 307, elaborado após a última reformulação do lançamento, em que houve a exclusão da majoração da multa isolada.

Observa-se que o somatório dos itens relativos aos impostos e multas lançados às fls. 307 é menor que o somatório dos mesmos itens lançados às fls. 225, tendo em vista a redução da penalidade ao excluir a majoração da multa isolada.

Enfim, pela análise das informações constantes no processo, verifica-se 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.

Induidoso que os Impugnantes compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de os Impugnantes discordarem das infringências que lhes são imputadas, que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a eles comprovarem as suas alegações.

Rejeita-se, pois, as arguições de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Inicialmente, a Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 18/12/09, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

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, ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RESP 448.416/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 25/04/2006, DJ 12/06/2006, P. 462)

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

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2009 somente expirou em 31/12/14, 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 18/12/14.

Noutra linha, considerando que a apuração se refere a saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal, significa dizer que não ocorreu a antecipação do tributo, logo não era possível ser homologada, a teor do que dispõe o art. 150 do Código Tributário Nacional, com a seguinte redação:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa:

Quanto ao mérito propriamente dito, cumpre lembrar que a acusação fiscal refere-se à constatação de que a Autuada promoveu, no período de 01/01/09 a 31/12/09, saídas de rações para cães desacobertadas de documentos fiscais, cujas mercadorias são sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do item 16, subitem 16.1, da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, acarretando falta de recolhimento de ICMS operação própria e de ICMS/ST.

Irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, em relação aos produtos comercializados pela Contribuinte (Irregularidade 1), e aplicação de índice técnico de produtividade c/c levantamento quantitativo por

espécie de mercadoria, em relação a produtos industrializados pela Autuada (Irregularidade 2).

A Irregularidade 1 trata de saídas de rações para cães (alguns produtos comercializados pela Autuada), listadas no item 16 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2009, desacobertas de documentos fiscais, apuradas por meio de levantamento quantitativo, acarretando falta de recolhimento de ICMS normal e de ICMS devido por substituição tributária.

A apuração desta irregularidade deu-se, exclusivamente, mediante levantamento quantitativo, e as exigências respectivas, encontram-se demonstradas no Anexo 1 às fls. 23/27 (Quadros I, I-A, II, II-A e III) do Auto de Infração.

Conforme apuração constante no quadro de fls. 23 e mediante aplicação da equação: **EI (+) Entradas (-) Saídas (-) Estoque Final (em Quilograma)**, a Fiscalização apurou a saída desacoberta de rações relativas às exigências deste item do lançamento.

Os dados lançados na referida equação foram obtidos de livro Registro de Inventário (Anexo 10 – fls. 114/146), notas fiscais eletrônicas e arquivos Sintegra (Anexo 4 – fls. 37/45), todos informados pela Contribuinte.

As quantidades das rações foram convertidas para quilograma conforme Quadro Auxiliar I-A (fls. 24).

Os valores unitários médios dos preços de saída das mercadorias autuadas (base de cálculo do ICMS operação própria) foram apurados de acordo com o Quadro II-A (fls. 26).

A Irregularidade 2, por sua vez, trata de saídas de rações para cães (produto industrializado pela Autuada - “DUNGA SABORES”), listadas no item 16 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2009, desacobertas de documentos fiscais, acarretando falta de recolhimento de ICMS normal e do ICMS devido por substituição tributária.

Esta acusação fiscal partiu de apuração por índices técnicos de produtividade e de levantamento quantitativo, conforme demonstrado no Anexo 2, que contém os Quadros IV, V, V-A, VI, VIA e VII (fls. 29/34) e Anexo 5 (fls. 47/66) contendo as informações apresentadas pela Autuada relativas à composição dos produtos de sua fabricação.

Consta dos autos que esta irregularidade foi constatada mediante comparação da produção declarada pela Autuada de rações para cães com a produção apurada pela Fiscalização, por meio de aplicação de índice técnico de produtividade, de acordo com informações da Autuada relativas ao consumo do ingrediente “DEODORASE” na fabricação das mercadorias autuadas.

A Irregularidade 2 e as respectivas exigências encontram-se demonstradas no Anexo 2 do Auto de Infração, de acordo com os seguintes demonstrativos:

- Quadro IV: Levantamento da produção de rações para cães através do insumo DEODORASE – 2009 (fls. 29);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Quadro V: Levantamento quantitativo fechado – índice técnico para o insumo DEODORASE (fls. 30);
- Quadro Auxiliar V-A: Conversão das quantidades de produtos acabados declarados em quilograma (fls. 31);
- Quadro VI: Levantamento da produção através do insumo DEODORASE – 2009: Diferenças em R\$ (fls. 32);
- Quadro VI-A: Cálculos de valores médios considerando a venda total em 2009 de produtos acabados em cuja fabricação é utilizado o insumo DEODORASE (fls. 33);
- Quadro VII: Cálculo do ICMS devido e das multas (R\$) – 2009 (fls. 34).

A Fiscalização realizou o seu trabalho utilizando de método tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos II e VI, do RICMS/02, a saber:

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

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

(...)

VI - aplicação de índices técnicos de produtividade no processo de industrialização ou relacionados com a prestação de serviço;

Repita-se, pela importância, que o Anexo 5 (fls. 47/66) contém as informações apresentadas pela Autuada, e utilizadas pela Fiscalização para apuração do crédito tributário, relativas à composição dos produtos de sua fabricação (insumos – matérias-primas, consumo por tipo de ração e o consumo médio de insumos por tonelada de ração, com o percentual de quebra no processo produtivo).

Do demonstrativo de fls. 29, observa-se que a Fiscalização, utilizando-se da fórmula Estoque Inicial do insumo “DEODORASE” (+) Entradas (-) Saídas (-) Estoque Final, obteve a quantidade consumida do referido insumo no exercício de 2009, item (a) do quadro mencionado, para fabricação do produto “DUNGA SABORES”.

A quebra normal do processo foi calculada aplicando-se o percentual de 0,5% (zero vírgula cinco por cento), conforme informação da Autuada, sobre a quantidade de consumo apurada no item (a), correspondendo ao item (b).

Deduzindo-se essa quebra do item (a), obtém-se o item (c), que corresponde à quantidade efetivamente consumida do insumo no exercício de 2009.

O item (d) do referido demonstrativo apresenta a quantidade consumida de insumo na produção declarada pela Autuada, conforme observação 1, constante do quadro em análise, e levantamento quantitativo de fls. 30 (Quadro V).

Já o item (e) representa a quantidade de insumo consumido na produção não declarada da ração selecionada (Item (c) - Item (d)). Destaca-se que esse item corresponde à divergência entre os valores relativos ao insumo consumido apurado pela Fiscalização no período (subtraídas as quebras) e ao insumo consumido conforme produção declarada pela Autuada.

O item (f) do demonstrativo em análise corresponde à quantidade de rações produzidas e não declaradas pela Contribuinte, cujo dado foi obtido pela divisão da quantidade de insumo consumido na produção não declarada (item (e)) sobre a quantidade de insumo consumido em cada quilo de produto acabado (0,0027 kg), este informado pela Autuada.

Por meio desses cálculos, restou demonstrado que a Autuada consumiu 2.474,11 (dois mil quatrocentos e setenta e quatro vírgula onze) kg do referido insumo, além da quantidade declarada.

E ainda, com base na declaração da Contribuinte (fls. 61), foi possível determinar a produção de “DUNGA SABORES” não declarada pela Autuada, por meio do índice técnico de utilização do insumo “DEODORASE”, ou seja, para um consumo de 2.474,11 (dois mil quatrocentos e setenta e quatro vírgula onze) kg desse insumo, são produzidos 9.163.386,11 (nove milhões cento e sessenta e três mil trezentos e oitenta e seis vírgula onze) kg de produto acabado.

Frisa-se que a produção não declarada do produto “DUNGA SABORES” no exercício de 2009 corresponde à quantidade comercializada sem acobertamento de documento fiscal, tendo em vista que o estoque inicial e final desse produto foi igual a zero.

Os valores em reais de cada quilo de produto acabado foram calculados com base no preço médio de saída desses produtos no ano de 2009.

No quadro Auxiliar VI-A (fls. 33) consta o cálculo do preço médio unitário de cada produto, sendo que tal valor foi utilizado para cálculo do imposto operação própria (Quadro VI – fls. 32).

Importante destacar que, conforme informação apresentada à Fiscalização pela Autuada em atendimento a intimações (Anexo 5 – fls. 66), o insumo DEODORASE só foi utilizado na produção da ração “DUNGA SABORES”.

Ressalta-se que, embora a Fiscalização tenha citado os produtos “DUNGA SABORES 25kg” e “DUNGA SABORES 15kg”, observa-se que, em 2009, houve produção somente do produto “DUNGA SABORES 25kg”, conforme os dados constantes da coluna F do Quadro V de fls. 30.

Portanto, o consumo de DEODORASE foi todo voltado para a industrialização de “DUNGA SABORES 25kg”.

Salienta-se, ainda, que a saída desacobertada da ração “DUNGA SABORES 15kg”, apurada pela Fiscalização de acordo com o quadro de fls. 30, foi lançada na apuração da Irregularidade 1 (Quadro I, coluna E).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, em decorrência da constatação das duas irregularidades relatadas, a Fiscalização, corretamente, exigiu ICMS operação própria, ICMS/ST, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do ICMS operação própria e de 100% (cem por cento) sobre o valor do ICMS/ST, de acordo com o art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75, bem como a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, da citada lei, sendo que a majoração da multa isolada foi excluída mediante retificação fiscal de fls. 306.

Cumprido destacar que a mercadoria “ração para cães” encontra-se sujeita à sistemática de recolhimento do ICMS pela substituição tributária, segundo previsão do Protocolo nº 26/04, do qual o estado de Minas Gerais é signatário, e no item 16 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Assim, o ICMS/ST devido pelas saídas de ração PET desacobertas de documentação fiscal foi apurado da seguinte forma:

$$\text{ICMS/ST} = \{[(\text{Preço médio BC ICMS} + \text{Valor médio IPI}) \times 1,46] \times 0,18\} - \text{ICMS operação própria}$$

No tocante à base de cálculo utilizada para a exigência do ICMS/ST, cumpre esclarecer que a Fiscalização observou as disposições previstas na legislação para fixação da base de cálculo do imposto por substituição tributária, conforme disposto na alínea “b”, item 3, do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo;

Verifica-se, assim, que foi adotada a margem de valor agregado no percentual de 46% (quarenta e seis por cento), conforme estabelece o subitem 16.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Os Impugnantes informam que a Contribuinte apresentou denúncia espontânea em 25/10/13, conforme documento anexado às fls. 210/213, na qual declarou que “instruiu a referida denúncia, por não ter memória de cálculo das saídas

ocorridas indevidamente ao abrigo da isenção, com o requerimento de que o crédito tributário fosse apurado pelo Fisco, conforme o §1º, inciso I do art. 208, do RPTA”.

Questionam, portanto, o fato de ter apresentado a denúncia e a Fiscalização, após declarar sua ineficácia (fls. 215/219), ter iniciado a ação fiscal, que culminou com a apuração do imposto devido.

Entendem que a denúncia espontânea foi indevidamente declarada ineficaz e que, assim, a imputação fiscal não deve subsistir, uma vez que impõe à Autuada penalidades que não devem incidir em casos de autodenúncia.

Contudo, conforme bem esclarecido pela Fiscalização em sua manifestação fiscal e ao contrário do defendido pelos Impugnantes, o presente trabalho não teve como embasamento a denúncia espontânea apresentada pela Contribuinte.

Os próprios Impugnantes informam, às fls. 167 e 259, que a empresa declarou na denúncia que: *“equivocadamente, promoveu saídas de rações pet indevidamente abrigadas pela isenção do ICMS, nos exercícios de 2008 e 2009, sendo que estas mercadorias deveriam ter sido tributadas, inclusive com retenção do ICMS por substituição tributária.”*

E ainda, às fls. 176/177 e 268, declaram em suas defesas *“que não houve omissão de receita nem de produção, toda a ração produzida foi declarada pela Impugnante. O que houve foi um equívoco quanto ao seu enquadramento fiscal, que saiu como se isento fosse, quando na verdade era sujeito a tributação, tudo na forma como declarado pela Impugnante em sua Denúncia Espontânea, como já afirmado anteriormente.”*

Em outro trecho da peça de defesa declaram que: *“(…) não promoveu qualquer saída sem o respectivo documento fiscal, inclusive tal fato foi noticiado na própria Denúncia Espontânea apresentada. (…) Assim, toda a mercadoria que saiu do estoque da Impugnante foi acompanhada do devido documento fiscal, (…)”.*

Observa-se, então, que a denúncia espontânea refere-se a saídas de mercadorias (ração) acobertadas por documentos fiscais, mas que foram declaradas com tributação incorreta.

Entretanto, o trabalho em análise trata da constatação de que houve saída de ração pet desacobertada de documento fiscal.

Verifica-se que existem duas situações possíveis para que as informações apresentadas pela Contribuinte em sua denúncia espontânea sejam válidas. Uma é a realização de vendas de rações tributadas (rações PET) emitindo notas fiscais sem destaque do ICMS normal e do ICMS/ST, considerando, equivocadamente, as mercadorias como isentas, e a outra é a realização de vendas de rações tributadas (rações PET) emitindo notas fiscais como se as vendas fossem de rações isentas do ICMS (rações para frango).

Em ambos os casos, a Autuada teria totais condições de informar quais notas fiscais continham as irregularidades relatadas, pois, certamente, a empresa tem todos os arquivos Sintegra transmitidos, bem como as vias das notas fiscais de saída,

sejam modelo 1 ou eletrônicas, o que elimina a alegação de que não tinha “memória de cálculo” das saídas ocorridas indevidamente ao abrigo da isenção.

Acrescenta-se a informação da Fiscalização de que não foi encontrada, nos arquivos Sintegra transmitidos pela Contribuinte e nas notas fiscais por ela emitidas, nenhuma nota fiscal de venda em que constassem produtos tributados (rações PET) sem destaque do ICMS, ou melhor, com tratamento de mercadorias isentas.

Destaca-se que a denúncia espontânea, além de não informar valores ou quantidades nas quais a Fiscalização poderia se “embasar”, só veio confirmar a prática da Contribuinte de promover saídas desacobertas, pois, ainda que emitisse documentos fiscais, como alega, sem indicá-los na denúncia, esses não corresponderiam em nada às operações realmente praticadas, restando, portanto, desacobertas.

Cumprir trazer a observação da Fiscalização de que o presente trabalho de auditoria fiscal teve por base o que foi realizado no Auto de Infração nº 01.000172479.75, de mesma sujeição passiva, em que se constatou o *modus operandi* da Autuada relativo à simulação da comercialização de rações PET como se isentas fossem, apurando o imposto devido em função da prática de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal no exercício de 2006.

Tal processo foi julgado parcialmente procedente por este Conselho de Contribuintes, conforme Acórdão nº 21.052/13/1ª, cujas exigências foram reconhecidas e objeto de parcelamento pela Autuada.

Nesse trabalho a Fiscalização, ao cruzar as informações obtidas, constatou a incompatibilidade entre os produtos da Nutriara que deram entradas nos atacadistas (rações para alimentação de frango - ICMS Isento) e os que deram saídas (rações PET para animais domésticos – ICMS/ST), conforme Relatório Fiscal (fls. 71/73).

Foi a partir desses indícios e de outros apontados no referido Relatório Fiscal, que a Fiscalização sentiu a necessidade de mapear o processo produtivo da Autuada.

Realizou, então, auditoria no processo produtivo utilizando índices técnicos de produtividade fornecidos pela Contribuinte, constatando ao final a produção e a saída desacoberta de rações PET.

No período de 2009, tal qual no período de 2006, a Fiscalização verificou a ocorrência de saída elevada de rações para frangos (isentas) e o desaparecimento de atacadistas que adquiriram essas rações da Nutriara e, ainda, constatou que a Autuada emitiu notas fiscais de venda de rações para frango consignando destinatários diversos daqueles a quem as mercadorias efetivamente se destinaram, o que deu origem ao Auto de Infração/PTA nº 01.000229149.92, que, à unanimidade, foi julgado procedente o lançamento.

Portanto, em função das constatações relatadas, e não da Denúncia Espontânea protocolada, a Fiscalização realizou a auditoria no processo produtivo da empresa a partir de índices técnicos de produtividade e outras informações fornecidas

pela Contribuinte, apurando, ao final, a produção e a saída desacobertada de rações PET.

Conforme destacou a Fiscalização, os Impugnantes não trouxeram aos autos provas que pudessem refutar as irregularidades apontadas no Auto de Infração, preferindo tentar desqualificar o trabalho fiscal, assim como foi feito na impugnação do AI/PTA nº 01.000229149.92.

Noutro giro, importante salientar que, conforme Ofício DF/BH-2 nº 059/2013, fls. 215/216, e Parecer Fiscal, fls. 217/219, a Denúncia Espontânea foi declarada ineficaz em decorrência da Denunciante não ter cumprido a legislação vigente.

O art. 138 do CTN dispõe que a responsabilidade por infração denunciada é excluída quando acompanhada do pagamento do tributo devido ou do depósito do valor arbitrado pela autoridade administrativa, quando o tributo depender de apuração pela Fiscalização.

O art. 210 da Lei nº 6.763/75 dispõe que a responsabilidade por infração à obrigação acessória é excluída pela denúncia espontânea acompanhada do pagamento do tributo, se devido, de multa de mora e demais acréscimos legais, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo depender de apuração pelo Fisco.

Para maiores esclarecimentos, vale reproduzir aqui trecho do Parecer Fiscal constante às fls. 219:

A disposição da parte final do caput do art. 138, do CTN, que remete à autoridade administrativa a apuração do montante a ser recolhido, refere-se aos tributos cuja apuração depende de ação do Fisco, como bem esclarece o § 2º do art. 208, do RPTA, “Considera-se dependente de apuração o tributo cuja base de cálculo deva ser arbitrada ou quando para o seu cálculo bens e direitos dependam de avaliação realizada pelo Fisco ou submetida à concordância deste”, o que não se aplica ao presente caso. (grifou-se)

Vê-se que o contribuinte pretendeu subverter o instituto da denúncia espontânea, imputando ao Fisco o dever de levantar as informações sobre a infração cometida, as quais, por obrigação legal são suas.

Portanto, não há dúvidas de que a denúncia espontânea protocolada pela Contribuinte foi corretamente declarada ineficaz, conforme argumentos prolatados anteriormente.

Os Impugnantes afirmam que, ao efetuar o levantamento quantitativo previsto no art. 194 do RICMS/02, o Fisco não observou os requisitos estabelecidos no § 1º do referido dispositivo.

Destacam que, após o levantamento quantitativo, a Fiscalização apurou o valor da operação tomando como base o valor unitário das saídas, conforme o § 4º do

art. 194 do RICMS/02, contudo, afirmam que essa norma não poderia ser aplicada, ao argumento de que não houve saída desacobertada de documentos fiscais, pois foi por meio dos documentos fiscais que foram apurados os valores autuados.

Contudo, para apurar o crédito tributário decorrente das saídas desacobertadas de documentação fiscal, a Fiscalização utilizou-se da técnica do levantamento quantitativo de mercadorias em exercício fechado, considerando somente os dados informados pela Contribuinte de estoque inicial, estoque final, entradas e saídas. Portanto não se aplica ao presente caso o § 1º do art. 194 do RICMS/02, que se refere a levantamento quantitativo de mercadoria em exercício aberto.

Por outro lado, a Fiscalização aplicou o § 4º do mesmo artigo, justamente por constatar saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, sendo inverídica a afirmação dos Impugnantes de que as saídas se deram com documentos fiscais.

Também não procede a alegação dos Impugnantes de que, em relação à Irregularidade 1, a Fiscalização deveria ter apresentado os elementos utilizados para se chegar ao levantamento quantitativo e ao crédito tributário, e não se restringir a uma planilha em que apura o imposto com base no estoque inicial.

Importa reiterar que a Irregularidade 1 foi apurada com base nos arquivos Sintegra fornecidos pela Autuada (dados extraídos, conforme fls. 37/45 e no livro Registro de Inventário (fls. 114/146).

Salienta-se que todas as informações foram fornecidas pela própria Contribuinte e lançadas em arquivo eletrônico Sintegra, que contém o registro fiscal referente à totalidade das operações da empresa, correspondente aos documentos fiscais recebidos e emitidos. Os arquivos eletrônicos foram por ela enviados à Fiscalização, atendendo ao disposto no art. 11 do Anexo VII do RICMS/02.

Todos os levantamentos e informações referentes à Irregularidade 1 estão disponíveis no Anexo 1 (fls. 22/27), portanto, ao contrário do alegado pelos Impugnantes, a apuração do crédito tributário não se restringe a uma planilha com base no estoque inicial somente.

No tocante à Irregularidade 2, a Defesa contesta a apuração da falta de pagamento do tributo por meio da aplicação de índices técnicos de produtividade no processo industrial, sem um laudo pericial técnico, afirmando que a Fiscalização não tem capacidade técnica específica para fazer tal avaliação.

Destaca que os índices técnicos de produtividade fornecidos pela Contribuinte não são suficientes para constituir o crédito tributário, ao argumento de que se trata de matérias-primas que sofrem alterações de quantidade e de perda ao longo do processo produtivo e/ou estocagem.

Afirmam que a apuração realizada pela Fiscalização caracteriza uma análise superficial e vulnerável.

Ressaltam que esses mesmos índices técnicos se referem ao período de 2008, portanto não poderiam ser utilizados na presente autuação, uma vez que tais

índices dizem respeito a períodos diversos da presente fiscalização, não condizendo com o que efetivamente foi comercializado.

Defendem que a ausência de apresentação das notas fiscais utilizadas para apuração do crédito tributário impede que a Contribuinte se certifique de que a apuração realizada observou os critérios corretos.

Alegam que qualquer apuração de valoração de montantes de ração produzida, baseada em um único insumo microcomponente, está eivada de vícios, pois o processo industrial de rações utiliza dezenas de insumos.

Voltam a argumentar que não houve omissão de receita nem de produção, e sim um equívoco quanto ao enquadramento fiscal, sendo que a mercadoria saiu como isenta quando deveria ter saído tributada, na forma como declarado pela Contribuinte em sua denúncia espontânea.

Afirmam que a mensuração da quantidade de uso do insumo DEODORASE é muito difícil, pois ela é feita manualmente, ao incluir o produto por meio de conchas em reservatórios, e que o ajuste da quantidade é variável a cada mistura, além do que *“o insumo sofre perdas de formas diversas ao longo do processo de armazenamento, transporte, e industrialização, sendo portanto imprestável para servir de base para apuração de qualquer quantidade de produção do produto acabado”*.

Contudo, mais uma vez os Impugnantes não merecem razão, pois, conforme já exposto, o levantamento quantitativo com aplicação de índices técnicos de produtividade no processo de industrialização é um procedimento tecnicamente idôneo e está previsto no art. 194, incisos II e VI do RICMS/02, não sendo necessário laudo pericial técnico, principalmente porque todas as informações sobre o processo produtivo da empresa foram elaboradas e fornecidas pela própria Contribuinte.

O Anexo 6 (fls. 67/69) traz planilhas com as listagens de notas fiscais de entrada e saída do insumo DEODORASE.

O Anexo 5 (fls. 61/62) informa o índice de quebra no processo do insumo DEODORASE, que é de 0,5% (zero vírgula cinco por cento), e o consumo médio de 0,270 (zero vírgula duzentos e setenta) Kg por tonelada de produto produzido.

As planilhas referentes à Irregularidade 2 estão no Anexo 2 (fls. 28/34) e foram confeccionadas com base nos arquivos Sintegra (operações de entrada e saída com documento fiscal), no livro Registro de Inventário e nas informações sobre o processo produtivo fornecidas pela própria Autuada, conforme itens discriminados no Anexo 5 (fls. 46/66).

Restou esclarecido na manifestação fiscal que o insumo DEODORASE foi utilizado, em 2006, na produção das Rações BYBOS ENERGY PLUS, BYBOS POWER, BYBOS PUPPY, DISNEY AD REC CASEIRA, DISNEY ADULTO REC CASEIRA, DISNEY FILH. REC MAMA, DISNEY P P REC ITALIANA, conforme discriminado no Anexo 9 (fls. 110/112).

Já às fls. 66 (Anexo 5), a Contribuinte informa que utilizou o referido ingrediente para a produção da ração DUNGA SABORES.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se que a Autuada, após intimação (fls. 47), informou na Planilha 1 (fls. 52/59) quais **produtos foram produzidos em 2009**, não constando entre eles os acima relacionados, mas apenas o produto **DUNGA SABORES**.

Portanto, o levantamento da produção da ração DUNGA SABORES, não declarada pela Autuada, foi realizada exclusivamente com os dados fornecidos por ela, não havendo nenhuma irregularidade nos cálculos e levantamentos realizados.

É fundamental destacar que, em momento algum, mesmo diante de diversas oportunidades para se manifestarem, os Impugnantes não trouxeram qualquer prova material que refutasse o levantamento levado a cabo pelo Fisco, no caso vertente, limitando-se a adotar argumentos marginais que não afetam o cerne do “*quantum*” apurado.

Cabe trazer à baila, ementa de decisão do TJMG que corrobora o lançamento em análise:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - SAÍDAS DESACOBERTADAS DE BISCOITOS - APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - ÍNDICE TÉCNICO DE PRODUTIVIDADE FORNECIDO PELO CONTRIBUINTE - IMPROCEDÊNCIA. COMPROVADO O RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS, DEVIDO À APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS DO IMPOSTO NÃO DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO, E FACE ÀS SAÍDAS DE BISCOITOS DESACOBERTADAS, CORRETA A AÇÃO FISCAL. NÃO HÁ QUE SE FALAR QUE OS ÍNDICES TÉCNICOS DE PRODUTIVIDADE UTILIZADOS PELO FISCO NÃO SE PRESTAM A APURAR O MONTANTE DA PRODUÇÃO REAL DA EMPRESA, SE TAIS ÍNDICES FORAM FORNECIDOS PELA PRÓPRIA EMBARGANTE. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.01.046722-0/001 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELANTE(S): MASSAS PERIQUITO S/A PRIMEIRO(A)(S), FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS SEGUNDO(A)(S) - APELADO(A)(S): MASSAS PERIQUITO S/A, FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. GERALDO AUGUSTO. (GRIFOU-SE)

Pelo exposto, considerando que a denúncia espontânea, além de ser ineficaz, não tem qualquer relação com o presente trabalho, e restando comprovado que a Autuada promoveu saída de ração desacobertada de documento fiscal, corretas as exigências de ICMS, ICMS/ST e da respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o disposto no § 2º, inciso III, do mesmo dispositivo 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.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Foi aplicada, também, a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75, com a seguinte redação:

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

(...)

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

(...)

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte; (grifos acrescidos)

Observa-se que a Fiscalização tomou, como base de cálculo da multa isolada exigida, o valor da base de cálculo do ICMS operação própria acrescido do valor do IPI e do ICMS/ST apurado, conforme demonstrativos de fls. 25 (coluna H) e 32 (coluna I).

Entretanto, a base de cálculo para aplicação da penalidade isolada relativa às saídas desacobertadas deve ser o valor da base de cálculo do ICMS operação própria, que, no presente caso, é o valor da operação própria do contribuinte substituto.

Assim, merece reforma o cálculo da multa isolada para que se adote o valor da base de cálculo da operação própria, ou seja, a base de cálculo do ICMS (coluna C do Quadro II de fls. 25 e coluna D do Quadro VI de fls. 32).

No tocante à inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, observa-se que os sócios-administradores foram incluídos em decorrência do encerramento irregular das atividades da empresa, conforme Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 235.

O Impugnante/Coobrigado Carlos Luiz Lobo alega que ele não se enquadra nas hipóteses previstas nos arts. 134 e 135 do CTN, uma vez que não praticou atos com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assevera que os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade, e que a responsabilidade tributária imposta aos sócios-gerentes e outros só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

Contudo, conforme registros dos fatos apresentados às fls. 236/237 a Autuada teve sua inscrição estadual bloqueada, por desaparecimento, em 17/12/14, e sua inscrição foi cancelada em 06/01/15.

Portanto, pelas provas acostadas aos autos, o encerramento irregular da empresa está devidamente comprovado, fato que por si só implica na responsabilidade solidária dos sócios-administradores, em relação ao presente crédito tributário, atendendo ao disposto no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c a Instrução Normativa SCT nº 001/06.

Ademais, a responsabilidade solidária dos Coobrigados também advém da infração à dispositivo legal.

Destaca-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 aos referidos Coobrigados, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando deixou de recolher o ICMS ao dar saída de mercadorias desacompanhada de documento fiscal, o que fere os princípios e normas gerais da contabilidade e a legislação tributária.

Induvidoso, portanto, que os Coobrigados 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.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta dos Coobrigados 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. (...).

Acrescenta-se que o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais tem manifestado o entendimento de que é correta a eleição do sócio-administrador, como responsável solidário, para o polo passivo da obrigação tributária, quando ocorre o encerramento irregular das atividades do estabelecimento autuado.

O Acórdão nº 21.646/15/3ª traz a seguinte lição:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - ENCERRAMENTO IRREGULAR DE ATIVIDADES. CORRETA A ELEIÇÃO DO COBRIGADO PARA O POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA EM FACE DO ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES COM FULCRO NO ART. 4º, INCISO II DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SCT Nº 001/06.

O Acórdão nº 20.672/15/2ª também sentencia o mesmo:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES - SOLIDARIEDADE. CORRETA A ELEIÇÃO DO COBRIGADO FLÁVIO MARCUS ROCHA PARA O POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, NOS TERMOS DO ART. 135, INCISO III DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL C/C ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75 E ART. 3º, INCISO I DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SCT Nº 001/06.

Dessa forma, correta a inclusão, no polo passivo da obrigação tributária, dos sócios-administradores da empresa autuada, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

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 pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações efetuadas pela Fiscalização às fls. 222/226, 235/237 e 306/307 e, ainda, para que se adote, como base de cálculo da multa isolada, o valor da base de cálculo do ICMS operação própria, em ambas as irregularidades, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Bernardo Motta Moreira (Revisor), Luiz Cláudio dos Santos e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 07 de dezembro de 2016.

Marco Túlio da Silva
Presidente / Relator

D