

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.344/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000423172-56
Impugnação: 40.010141003-55
Impugnante: Cozinha Industrial Ltda.
IE: 448247918.00-60
Coobrigados: Amilton Francis Viana Kul CPF: 075.560.418-08
Antônio Rigotto CPF: 055.501.736-20
Ronaldo Rolim de Oliveira CPF: 378.444.236-68
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coelho/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário, relativamente aos fatos geradores anteriores a 26/07/11. E, ainda, que se entendesse pela aplicação ao presente caso da norma posta no art. 150 do CTN, a ressalva contida no art. 4º deixa clara a sua inaplicabilidade na ocorrência de dolo.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Há comprovação nos autos de atos praticados contrariamente à lei (Entradas/estoque e saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal), sendo correta, portanto, a inclusão na sujeição passiva dos Coobrigados (sócios-administradores da empresa autuada), com base no art. 135, inciso III, do CTN c/c os arts. 21, § 2º, inciso II, 207, § 1º, item 1 e § 2º, ambos da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR. O Coobrigado, Administrador não sócio, responde pelo crédito tributário, no período em que passou a atuar como administrador da empresa, em razão dos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do disposto no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75. Exclusão da responsabilidade solidária a ele atribuída, no período anterior a 22/12/2011, em que não administrava a sociedade.

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID, a ocorrência de entrada e saída de mercadorias, sujeitas à tributação normal, desacobertas de documentação

fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02. Para as entradas desacobertadas exige-se apenas a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, e ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, para as saídas desacobertadas. **Infração caracterizada.**

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatou-se, mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID, a ocorrência de entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias, sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02. Para a saída de mercadorias desacobertadas sujeitas à substituição tributária, exige-se apenas a multa isolada, capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”; e, tanto na entrada desacobertada quanto no estoque desacobertado, de mercadorias sujeitas à substituição tributária, exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas nos art. 56, inciso II, § 2º, inciso III e art. 55, inciso II, alínea “a”, respectivamente, todos da Lei nº 6.763/75. **Infração caracterizada.**

Não se reconheceu a decadência do crédito tributário. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatou-se, mediante Levantamento Quantitativo por espécie de Mercadoria, que a Autuada manteve em estoque e promoveu entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal no período de 01/01/2011 a 31/12/2011.

Assim, as exigências fiscais são:

- para os produtos sujeitos à tributação normal: ICMS, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) nos termos do art. 56, inciso II e Multa Isolada de 20% (vinte por cento) nos termos do art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75, nas saídas desacobertadas; e apenas a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, também da Lei nº 6.763/75, nas entradas desacobertadas.

- para os produtos sujeitos à substituição tributária, apenas a Multa Isolada de 20% (vinte por cento), nos termos do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, nas saídas desacobertadas de documentação fiscal; e na entrada e no estoque desacobertados, ICMS/ST, Multa de Revalidação de 100% (cem por cento), nos termos do art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada de 20% (vinte por cento) nos termos do art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Os autos encontram-se instruídos com os seguintes documentos: Auto de Início de Ação Fiscal (fls. 2/3); Comunicado de prorrogação do AIAF (fls. 05); Auto de Infração (fls. 29/30); Relatório Fiscal (fls. 31/33) e os documentos que compõem os

Anexos de 1 a 32, relacionados às fls. 31(anverso), 32 (verso e anverso) e 33 do Relatório Fiscal, inseridos às fls. 35/822 dos autos.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls.829/841, acompanhada dos documentos de fls. 842/875, oportunidade em que alega, em síntese:

- que não recebeu todos os anexos que integram o Auto de Infração nº 01.000423172-56, em cujo relatório consta que seriam de números 1 a 32, e que lhe foi entregue apenas um CD contendo os arquivos dos Anexos 1 a 28.

Solicita o fornecimento dos demais anexos e reabertura do prazo para impugnação.

Sustenta que o lançamento deve ser cancelado, por absoluta ausência de motivação de demonstração das infrações que lhe foram imputadas, uma vez que: - no Auto de Infração e no Relatório Fiscal a Fiscalização não explicitou por quais razões adotou o procedimento do Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias; - a ocorrência de entradas e saídas de produtos desacobertos foi presumida em face de divergências entre as movimentações de mercadorias registradas no inventário e aquelas lançadas nas notas fiscais emitidas pela empresa; - que a Fiscalização, em momento algum, justifica por quais razões entende que as informações constantes no inventário devem prevalecer sobre aquelas lançadas nas notas fiscais, tendo em vista que os lançamentos de estoque poderia haver erro, especialmente no caso de empresas como a dela que movimentam centenas de produtos diferentes todos os meses, não podendo haver a presunção de que as informações das notas fiscais é que estariam incorretas e não os registros do inventário.

Entende que a Fiscalização deveria ter juntado aos autos outras provas que fossem capazes de demonstrar a efetiva circulação de mercadorias, obtidas com a Impugnante, seus fornecedores e clientes e, desse modo, a autuação deve ser cancelada, por absoluta ausência de motivação de demonstração das infrações imputadas.

Alega que parte do crédito tributário teria sido alcançada pela decadência, com base no disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

Propugna pelo cancelamento ou redução das multas aplicadas, considerando o princípio do não-confisco e por força da equidade.

Contesta a inclusão dos sócios e administradores como sujeitos passivos, dizendo que a Fiscalização não trouxe provas ou indícios de que houve a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei ou contrato e, que, no caso do administrador Amilton Francis Viana Kul a ilegalidade da responsabilização é ainda mais patente visto que ele sequer compunha o quadro de funcionários da empresa ao tempo dos fatos em discussão, tendo passado a atuar com administrador em 22/12/2011 e os atos societários foram registrados na JUCEMG somente em 17/04/2012.

Requer, ao final, a exclusão das pessoas físicas listadas como sujeitos passivos, o reconhecimento da nulidade da autuação, por ausência de motivação, que

seja reconhecida a decadência dos créditos tributários relativos a fatos geradores anteriormente a 26/07/2011 e o cancelamento ou redução das multas aplicadas.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em bem elaborada manifestação de fls. 879/887, refuta todas as alegações da Defesa e pede pela procedência do lançamento, em síntese, aos seguintes fundamentos:

O feito fiscal foi elaborado com observância estrita das normas tributárias estaduais, todas as infrações e valores apurados, bem como as penalidades aplicadas encontram-se descritas no Auto de Infração n.º 01.000423172-56 (documento fls. 29 a 30-verso) e no Relatório Fiscal (documento fls. 31 a 33), onde também encontram-se relacionados os dispositivos legais infringidos e os dispositivos legais que determinam as multas aplicáveis às infrações cometidas.

É meramente protelatória a solicitação de fornecimento dos anexos não remetidos e a reabertura do prazo para impugnação, pois não tem sentido solicitar cópias de arquivos digitais (EFD) preenchidos e transmitidos pela própria Impugnante e de cópias de notas fiscais eletrônicas emitidas por ela ou por seus fornecedores, aos quais, tem pleno acesso.

No que concerne à inclusão dos sócios e administradores como Coobrigados, foi feita em obediência à legislação tributária, especificamente nos ditames do inciso II do art. 124 e inciso III do art. 135 do CTN, inciso II do § 2º do art. 21 e item 1 do § 1º do art. 207 da Lei 6.763/75, além da Portaria SRE nº 148/2015.

O Sr. Amilton Francis Viana Kul foi incluído como Coobrigado tendo em vista que, conforme declarado pela Impugnante, passou a atuar como administrador em 22/12/2011, dentro do período dos levantamentos efetuados, de 01/01/2011 a 31/12/2011.

Para elaboração dos levantamentos fiscais foi utilizado Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadoria (LQEM), procedimento tecnicamente idôneo, previsto no inciso II do art. 194 do RICMS/02.

As alegações de que poderia haver erros nos inventários não pode ser acatada, pois, no caso em questão, os lançamentos efetuados nos livros Registro de Inventário estão contidos na Escrituração Fiscal Digital, que são de inteira responsabilidade da empresa e foram esses lançamentos utilizados no LQEM.

Além disso, não foram apresentados novos inventários, supostamente corretos, nem indicação de supostos erros contidos nos inventários declarados na EFD.

A afirmação da Impugnante de que parte do crédito tributário teria sido alcançada pela decadência não tem qualquer fundamento legal.

No caso em exame não é cabível a aplicação do disposto no § 4º do art. 150 do CTN, mas sim o disposto no inciso I do art. 173, pois o feito fiscal não trata de imposto declarado, mas de imposto sonogado.

Lembra, ainda, que o presente Auto de Infração deu origem à Representação Fiscal n.º 01.000423172-56, em cumprimento do disposto na Resolução

SEF nº 4.213/10, por terem sido apurados fatos que constituem, em tese, crime contra a ordem tributária, não sendo, por conseguinte, descartada a hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Não há amparo legal para redução das multas, tendo em vista o disposto no art. 110 do RPTA (Decreto nº 44.747/08).

Todos os argumentos apresentados pela Impugnante mostraram-se totalmente infundados e protelatórios, sendo incapazes de ilidir ou alterar os resultados obtidos ou cancelar as exigências fiscais.

Da Instrução processual

Em sessão realizada no dia 22 de novembro de 2016, a 2ª Câmara de Julgamento decidiu, em preliminar, abrir vista à Impugnante dos anexos 29 a 32 que integram o Auto de Infração, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação. Em seguida, vista à Fiscalização. Vencidos os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros (Relatora) e Marco Túlio da Silva, que consideravam desnecessária a medida.

Reaberto o prazo, a Impugnante vem apenas reiterar a impugnação anteriormente apresentada, conforme consta às fls. 914 dos autos.

A Fiscalização, por seu turno, reitera o seu pedido pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Das Preliminares

A Impugnante pleiteou o fornecimento dos Anexos 29 a 32 do Auto de Infração com reabertura do prazo de Impugnação, porque, segundo alega, não os teria recebido quando da intimação do Auto de Infração.

Conforme esclareceu a Fiscalização, com uma via do Auto de Infração, a Impugnante recebeu:

- Relatório Fiscal;
- Anexos 1, 4, 6 a 9, 11 a 13, 15 a 21 e 25 a 28, impressos (todas as folhas);
- Anexos 2, 3, 5, 10, 14 e 22 a 24, impressos por amostragem;
- Anexo 29, relativo a 1 CD onde estão gravados os Anexos 1 a 28 em arquivos digitais (PDF), autenticados pelo programa MD5Summer.

Esses anexos são idênticos aos autuados neste PTA às fls. 35 a 216, sendo que nos Anexos 1 a 28 encontram-se demonstrados os levantamentos fiscais elaborados, os resultados obtidos e o cálculo das penalidades aplicadas, bem como relacionados os documentos/livros fiscais que serviram de base para o feito fiscal.

Os Anexos 30 a 32, não remetidos à Impugnante, são os seguintes:

- Anexo 30, relativo a 1 CD, onde estão gravados arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) da empresa e cópias de seus Livros Registros

Entradas/Saídas/Inventário em arquivos digitais (PDF), autenticados pelo programa MD5Summer, e cópias impressas, total ou por amostragem, dos livros fiscais;

- Anexo 31, relativo a 1 CD, onde estão gravadas cópias dos Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas (DANFE) das notas fiscais eletrônicas de aquisições de mercadorias relacionadas nos Anexos 2 a 25 em arquivos digitais (PDF), e cópias impressas, por amostragem, dos DANFE;

- Anexo 32, relativo a 1 CD, onde estão gravadas cópias dos DANFE das notas fiscais eletrônicas emitidas pela empresa, relacionadas nos Anexos 2 a 25 em arquivos digitais (PDF), e cópias impressas, por amostragem, dos DANFE.

Esses anexos são os autuados neste PTA às fls. 217 a 822 e referem-se a arquivos digitais e documentos fiscais emitidos e/ou recebidos pela Impugnante, aos quais ela tem total acesso.

No Relatório Fiscal (documento fls. 31 a 33) estão relacionados todos os anexos que integram o Auto de Infração e a que se referem, bastando que esse documento seja consultado para ficar claro que a Impugnante possui todos os conteúdos dos Anexos 30 a 32, não sendo obrigatório o fornecimento de cópias.

Todas as notas fiscais eletrônicas incluídas nos levantamentos fiscais estão identificadas pelo número, data emissão e número da chave, bastando a Impugnante consultar seus arquivos de notas fiscais emitidas ou notas fiscais recebidas de fornecedores para poder analisá-las.

Da mesma forma, a Impugnante tem posse dos arquivos de sua Escrituração Fiscal Digital (EFD), podendo consultá-la a qualquer momento que desejar.

Todavia, conforme relatado, esta 2ª Câmara decidiu conceder vistas desses anexos à Impugnante, pelo prazo de 30 (trinta) dias. Mas, conforme se constata, mesmo cientificada do conteúdo dos anexos, com a reabertura do prazo para manifestação, a Impugnante tão somente veio reiterar seus argumentos anteriores, nada acrescentando aos autos para análise.

Assim, foram entregues à Autuada todos os elementos e informações necessárias à sua defesa, restando superada qualquer discussão a esse respeito.

A Impugnante argui também a nulidade do lançamento, por ausência de motivação, uma vez que, segundo alega, a Fiscalização não teria explicitado quais foram os critérios adotados para imputar-lhe a prática das infrações citadas, entendendo que teriam que ser explicitados os motivos pelos quais utilizou o levantamento quantitativo por espécie, para apuração das infrações.

E, ainda, que não pode a Fiscalização utilizar-se de mera presunção de irregularidade para constituição do crédito tributário, sem certificar-se de que realmente ocorreram entradas e saídas de mercadorias sem documentação fiscal.

Contudo, cabe ressaltar que a forma em que deve ser realizado o lançamento, que, efetivamente, é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim determina:

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

(...)

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

(...)

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

(...)

No presente caso, o Auto de Infração observou os requisitos formais e legais necessários e suficientes para sua plena eficácia, estando amparado em dispositivos da legislação estadual.

Além disso, cabe destacar que a Fiscalização apresentou de forma clara no corpo do Auto de Infração, no Relatório Fiscal e demais documentos anexados aos autos todas as irregularidades cometidas, a base legal que sustentou o trabalho fiscal, as infringências e penalidades correspondentes, além dos cálculos das exigências separados por item.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As planilhas com o resultado do levantamento quantitativo contêm a descrição das mercadorias com seus respectivos códigos, além de outras informações.

Importante mencionar, que os dados utilizados para consecução do trabalho fiscal foram disponibilizados à Fiscalização pela Impugnante, em cumprimento às exigências legais.

Todo o procedimento fiscal está descrito no Relatório Fiscal e os arquivos utilizados (retirados do SPED da Contribuinte) encontram-se nos CDs em anexo, onde se identificam os arquivos referentes às notas fiscais de entrada e saída; livros Registros de Entradas/Saídas e livros registros de Inventário de 31/12/2010 e 31/12/2011, autenticados pelo programa MD5SUMMER e, relativos ao exercício de 2011.

Além de ter sido enviada cópia dos Anexos 1 a 28 do Auto de Infração, posteriormente, como relatado, foi concedida vistas à Impugnante, dos anexos 29 a 31, embora todos eles se consubstanciassem em documentos da própria Impugnante, a fim de propiciar a sua defesa.

No que se refere à alegação de presunção da ocorrência de entradas e saídas de mercadorias sem a devida documentação fiscal, ressalta-se que o levantamento quantitativo é procedimento fiscal idôneo e consistente, nos termos do disposto no art. 194, inciso II do RICMS/02, pois utiliza informações prestadas pelo contribuinte por meio de arquivos eletrônicos transmitidos mensalmente.

Portanto, o levantamento quantitativo efetuado pela Fiscalização foi baseado exclusivamente em informações transmitidas pela Autuada, estando os resultados detalhados nas planilhas anexas ao PTA.

Não houve presunção, nem falta de informações à Contribuinte. O Auto de Infração encontra-se em perfeita sintonia com o que determina o art. 89 do RPTA c/c art. 142 do CTN.

Por esses fatos e fundamentos, não restou configurada a alegada nulidade do lançamento, uma vez restar demonstrado que este condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada.

Outrossim, verifica-se que a Autuada teve assegurado o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, rejeita-se a nulidade arguida.

Da Prejudicial de Mérito

A Impugnante alega que parte do crédito tributário (fatos geradores anteriores a 26/07/2011) estaria alcançado pela decadência, com base no disposto no § 4º do art. 150 do CTN. Porém, razão não lhe assiste.

Conforme se verifica, trata-se o caso de lançamento de ofício, ao qual aplica-se a contagem do prazo fixada pela norma ínsita no art. 173, inciso I, do CTN, uma vez que não se trata de imposto declarado, mas de imposto sonegado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso examinado, o crédito tributário apurado é decorrente da constatação fiscal de saídas, entradas e manutenção em estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal; o imposto devido não foi declarado pela Autuada, mas apurado pela Fiscalização, mediante lançamento de ofício, nos termos do inciso V do art. 149 do CTN, cujo prazo decadencial é estabelecido no já mencionado inciso I do art. 173 do referido *Codex*.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

(...)

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;

(...).

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública efetuar o lançamento referente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2011 estende-se até 31/12/2016. Como o Auto de Infração foi recebido em 26/07/2016 (AR fls. 823), não ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2011, nos termos da norma ínsita no referido dispositivo legal.

Convém reiterar, por oportuno, que ainda que se entendesse pela aplicação ao presente caso da norma posta no art. 150 do CTN, a ressalva contida no seu § 4º, deixa clara a sua inaplicabilidade, na ocorrência de dolo.

Como informou a Fiscalização em sua Manifestação, o presente Auto de Infração deu origem à Representação Fiscal nº 01.000423172-56, em cumprimento ao disposto na Resolução SEF nº 4.213/2010, em face da apuração de fatos (**saídas, entradas e estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal**), que constituem, em tese, crime contra a ordem tributária, não sendo possível, por conseguinte, aplicar a contagem do prazo decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN.

Do Mérito

Conforme relatado, o presente lançamento é decorrente da constatação fiscal de:

- saídas de mercadorias adquiridas de terceiros, tributadas por Substituição Tributária, desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/2011 a 31/12/2011, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadoria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se a Multa Isolada (20% do valor da operação) prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei 6.763/75;

- saídas de mercadorias adquiridas de terceiros, tributadas normalmente, desacobertadas de documentação fiscal, no período de 01/01/2011 a 31/12/2011, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadoria, gerando falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS normal.

Exige-se de ICMS, MR (50%) e MI (20% do valor da operação), previstas no inciso II do art. 56 e na alínea “a” do inciso II do art. 55, ambos da Lei 6.763/75, respectivamente;

- entradas de mercadorias adquiridas de terceiros, tributadas normalmente, desacobertadas de documentação fiscal, no período de 01/01/2011 a 31/12/2011, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadoria.

Exige-se a Multa Isolada (20% do valor da operação), prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei 6.763/75;

- entradas e/ou manutenção em estoque de mercadorias adquiridas de terceiros, tributadas por Substituição Tributária, desacobertadas de documentação fiscal, no período de 01/01/2011 a 31/12/2011, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadoria, gerando falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor de ICMS ST.

Exige-se ICMS ST, Multa de Revalidação (100%) e Multa Isolada (20% do valor da operação), previstas no inciso III do § 2º do art. 56 e na alínea “a” do inciso II do art. 55, ambos da Lei 6.763/75, respectivamente.

Para apuração das irregularidades, a Fiscalização realizou levantamentos quantitativos com a utilização de programas aplicativos que têm, como instrumento de análise, arquivos eletrônicos enviados mensalmente pela Contribuinte.

Tem-se, pois, que a metodologia utilizada pela Fiscalização para desenvolvimento dos trabalhos é procedimento idôneo com previsão regulamentar, conforme art. 194, incisos II e III do RICMS/02, a seguir transcritos:

Art. 194 - Para a 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;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

(...)

O levantamento quantitativo de mercadorias, baseado em arquivos Sintegra enviados pela Impugnante, é meio adequado de fiscalização e constitui-se em técnica fiscal que se baseia em princípios matemáticos visando à apuração da movimentação de mercadorias ocorrida no estabelecimento.

Trata-se de uma operação matemática extremamente simples, na qual o sistema, a partir do estoque inicial declarado pela Impugnante, acrescenta as entradas e subtrai as saídas constantes dos documentos fiscais de entrada e saída, respectivamente. Dessa operação chega-se ao estoque final de mercadorias, que deve, por óbvio, ser o mesmo estoque físico existente no estabelecimento do contribuinte.

A utilização desta técnica não é, entretanto, inatacável. Contudo, para desconstituir os resultados atingidos com sua aplicação, cabe ao contribuinte, apresentar as falhas existentes.

Os dados utilizados foram todos informados pela Impugnante e, por expressa disposição legal, devem refletir exatamente as operações ocorridas e os estoques existentes no estabelecimento da Autuada.

É crucial ressaltar que a Fiscalização trabalhou com exercício fechado, ou seja, apurou as irregularidades descritas no Auto de Infração sem a realização de contagem física das mercadorias em estoque, valendo-se dos registros constantes nos arquivos eletrônicos transmitidos mensalmente pela Impugnante.

Os cálculos elaborados e os resultados obtidos estão demonstrado no Anexo 26 (documentos fls. 211 a 212-verso) do Auto de Infração.

As alegações de que poderiam haver erros nos inventários não pode ser acatada, pois os lançamentos efetuados nos livros Registros de Inventário estão contidos na Escrituração Fiscal Digital (EFD), são de inteira responsabilidade da empresa e foram esses lançamentos que foram utilizados no LQEM.

Além disso, não foram apresentados novos inventários, supostamente corretos, nem indicação de supostos erros contidos nos inventários declarados na EFD.

Várias são as decisões deste Conselho, que tratam da matéria em exame, tais como 21.642/15/3ª, 20.743/15/2ª e 22.124/16/1ª, com total aprovação do procedimento utilizado no levantamento fiscal.

Relativamente às multas impostas, aduz a Defesa que a cobrança em montante superior ao valor total do tributo afrontaria a garantia constitucional do não confisco e o princípio da equidade.

Verifica-se que as multas aplicadas pelas infrações descritas nos itens 1 a 4 do Auto de Infração, são as previstas na alínea "a" do inciso II do art. 55, no inciso III do § 2º e no inciso II do art. 56 da Lei 6.763/75:

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

(...)

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

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 nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II e de 100% (cem por cento) capitulada no § 2º do referido artigo, todos da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão da falta de recolhimento de ICMS e ICMS/ST pela Autuada.

Já a multa capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a" da citada lei (Multa Isolada), foi exigida por dar entrada, manter em estoque e dar saída a mercadorias desacobertas de documentação fiscal, descumprindo obrigação acessória, qual seja, o acobertamento fiscal nas operações mencionadas.

Vê-se, portanto, que são infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

Em suma, enquanto a multa de revalidação decorre do não pagamento do tributo a tempo e modo (obrigação principal), a multa isolada decorre do não cumprimento de uma obrigação acessória.

Eventual efeito confiscatório da multa de revalidação foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível n.º 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 63/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995. (GRIFOU-SE).

A aplicação cumulativa das multas de revalidação e isolada também obteve autorização do Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível n.º 1.0672.98.011610-3/001, ementada da seguinte forma:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 - MEIO DE COERÇÃO - REPRESSÃO À SONEGAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE. A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM A FINALIDADE DE GARANTIR A INTEGRALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRA A PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS E INADIMPLEMENTO E NÃO SE CONFUNDE COM A MULTA MORATÓRIA NEM COM A COMPENSATÓRIA OU MESMO COM A MULTA ISOLADA. A LEI, AO PREVER COMO BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO O VALOR DO TRIBUTO DEVIDO, PERMITE A SUA ATUALIZAÇÃO, PARA NÃO HAVER DEPRECIAÇÃO DO VALOR REAL DA MESMA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.98.011610-3/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): FAZENDA PUBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CASA MARIANO LTDA. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Não se verifica aqui a violação ao princípio do não confisco suscitada pela Impugnante, porquanto o presente Auto de Infração foi lavrado observando o estrito cumprimento das normas tributárias estaduais, às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da Lei nº 6.763/75, que assim determina:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

II - a aplicação da equidade.

As multas aplicadas são aquelas disciplinadas pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo, e encontram-se regularmente capituladas no Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, de todo o exposto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

No que concerne à inclusão dos sócios e administradores como Coobrigados, a atribuição de responsabilidade a eles deu-se em observância dos ditames do inciso II do art. 124 e inciso III do art. 135, ambos do CTN, e inciso II do § 2.º do art. 21 e item 1 do § 1.º do art. 207, ambos da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

(...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

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

Lei nº 6763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

Art. 207. Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

(...).

Também, de modo diferente do entendimento da Defesa, a inclusão dos sócios-administradores no polo passivo da obrigação tributária encontra-se de acordo com a jurisprudência dos Tribunais. Exemplificativamente, examine-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA COM LIMINAR - ABSTENÇÃO DA COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO - SÓCIO GERENTE - FUMUS BONI IURES - PERICULUM IN MORA - A - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - DECISÃO MANTIDA.

1. PARA A CONCESSÃO, INITIO LITIS, DA MEDIDA REQUERIDA TORNA-SE IMPRESCINDÍVEL QUE SE CONSTATE A EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS BASILARES EXIGIDOS PELA NORMA PROCESSUAL, QUAIS SEJAM O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA.

2. TENDO A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL APURADO INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DECORRENTE DA SAÍDA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DA RESPECTIVA DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A PRINCÍPIO, NÃO SE PODE AFASTAR A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-ADMINISTRADOR, NA FORMA DO ARTIGO 21, §2º, II E §3º DA LEI 6.763/75, NÃO RESTANDO DEMONSTRADO O FUMUS BONI IURES, DEVENDO SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO FISCAL.

3. RECURSO DESPROVIDO. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0024.14.151179-0/001, RELATOR(A): DES.(A) TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 02/07/0015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 13/07/2015)

No que tange à inclusão do sócio não administrador, Sr. Amilton Francis Viana Kul, no polo passivo da obrigação, constata-se, de acordo com a 3ª alteração contratual de fls. 16/18 que ele passou a atuar nessa função em 22/12/2011. Portanto, não é possível atribuir a ele responsabilidade pelas irregularidades apuradas no período anterior a essa data.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir do polo passivo da obrigação o Coobrigado Amilton Francis Viana Kul no período anterior a 22/12/2011.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alan Carlo Lopes Valentim Silva (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 08 de março de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Maria de Lourdes Medeiros
Relatora

CC/MIG

MV