

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.357/17/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000461805-31
Impugnação: 40.010140838-50
Impugnante: Fábrica de Rações Opção Ltda - ME
IE: 001039093.00-91
Coobrigados: Alberto Graciano Teixeira
CPF: 740.438.706-04
Helvécio Bittencourt Lucas
CPF: 726.301.596-04
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição dos Coobrigados, sócios-administradores, para o polo passivo da obrigação tributária, os quais são responsáveis 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. 21, inciso XII e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – RECURSOS NÃO COMPROVADOS – CONTA "CAIXA"/"BANCOS". Constatado, mediante conferência dos lançamentos contábeis na conta Caixa e/ou Bancos, o ingresso de recursos sem comprovação de origem, autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º do RICMS/02. A Autuada não trouxe aos autos, apontamentos fundamentados em sua escrituração contábil, de forma objetiva, de modo a contraditar o levantamento procedido pelo Fisco. Corretas as exigências do ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a", ambos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA – PRESUNÇÃO. Constatadas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, haja vista a falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas - LRE, apuradas por meio de cruzamento de dados de arquivos eletrônicos (Sintegra), circunstância esta que autoriza a presunção da ocorrência de saída das respectivas mercadorias, a teor do disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E ÍNDICE TÉCNICO. Constatado, mediante levantamento

quantitativo da produção c/c aplicação de índice técnico de utilização de embalagens, que a Autuada promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Irregularidade apurada mediante procedimento idôneo, previsto no art. 194, incisos II e VI do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente no art. 56, inciso II e art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS – LIVRO REGISTRO DE ENTRADA. Constatada a falta de registro no livro Registro de Entradas de notas fiscais de aquisição de mercadorias. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ARQUIVO ELETRÔNICO – ENTREGA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO – SINTEGRA. Constatada a entrega em desacordo com a legislação, de arquivos eletrônicos, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, conforme previsão nos arts. 10, 11 e 39, todos do Anexo VII do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação das seguintes irregularidades:

1 - saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos meses de março e setembro de 2012, em face da existência de recursos não comprovados (empréstimos de sócios) na conta “Caixa”, presunção autorizada pelo disposto no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75 (Anexo III – fls. 10).

2 - saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, em dezembro de 2014, apurada mediante levantamento quantitativo c/c índice técnico de consumo de embalagens. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75 (Anexos IV a IX – fls. 19/80).

3 - saída de mercadorias, destinadas à revenda, desacobertas de documentação fiscal, no mês de março e setembro de 2013, em decorrência da falta de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadorias, cujas respectivas operações foram informadas pelos estabelecimentos remetentes das mesmas por meio dos arquivos eletrônicos Sintegra e Sped Fiscal. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75 (Anexo I – fls. 08).

4 - descumprimento de obrigação acessória por ausência de registro de documentos fiscais relativos a entradas de mercadorias, não destinadas à revenda ou

produção, no livro de Registro de Entradas LRE, nos meses de janeiro, fevereiro, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2012; maio, setembro, novembro e dezembro de 2013; janeiro, fevereiro, março, outubro, novembro e dezembro de 2014; março, agosto e novembro de 2015 e janeiro de 2016. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75.

5 - entrega em desacordo com a legislação, dos arquivos eletrônicos Sintegra, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, constatada pela omissão dos registros tipos 54, 74 e 75, conforme demonstrado no Anexo X de fls. 81. Exigência da Multa isolada prevista no art. 55, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75.

Além da empresa autuada, foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária os sócios-administradores da empresa autuada, acima qualificados, com fulcro no disposto no art. 21, § 2º da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seus representantes legais (sócios-administradores), Impugnação às fls. 402/408 e documentos de fls. 416/462.

Requerem, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 465/469, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 475/497, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Registra-se, por oportuno, que no período autuado a Autuada era optante pelo regime normal de recolhimento do imposto (débito/crédito).

Passa-se à análise das acusações fiscais:

1 - Presunção legal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal – recursos não comprovados na conta “Caixa” - art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75

Trata este item do lançamento da acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos meses de março e setembro de 2012, em face da existência de recursos não comprovados (empréstimos de sócios) na conta “Caixa”, presunção autorizada pelo disposto no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Foi constatada pela Fiscalização, a entrada de recursos na conta “Caixa”, conforme valores listados no Anexo III – fls. 10 escriturados como “vr. ref. empréstimos/sócio adquirido”.

A Fiscalização, então, exarou a intimação de fls. 82/83, para que fossem apresentados os documentos contábeis relativos aos empréstimos contraídos pela empresa, dos sócios-administradores (ora Coobrigados), lançados à debito de Caixa, bem como os documentos contábeis relativos ao pagamento destes empréstimos, lançados à credito de caixa.

Em atendimento à referida intimação, foram apresentados os documentos de fls. 84/91, denominados de “contrato de mútuo em dinheiro” entre a empresa autuada e os sócios-administradores e “recibos” de pagamento dos supostos empréstimos contraídos.

Em seguida, a Fiscalização exarou a intimação de fls. 92 para que fossem apresentadas as Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física – DIRPF dos sócios-administradores referentes aos exercícios de 2012 a 2014, às quais estão colacionadas às fls. 93/111.

A Fiscalização, por entender que os documentos apresentados pelos Autuados não comprovam que a entrada de recursos na conta “Caixa” refira-se a empréstimos dos sócios como escriturado, considerou tais valores como recursos não comprovados na conta “Caixa”, sendo os valores considerados saídas de mercadorias de desacobertas de documentação fiscal, conforme presunção legal autorizada pelo disposto no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 c/c art. 194, § 3º do RICMS/02, objeto da exigência do ICMS com a alíquota de 18% (dezoito por cento).

Registra-se que a alíquota de 18% (dezoito por cento) para apuração do imposto foi aplicada com fulcro e por determinação da norma ínsita no art. 12, § 71 da Lei nº 6.763/75, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 20.540/12:

O dispositivo regulamentar retromencionado assim dispõe:

Art. 12 (...)

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

(Grifou-se).

Depreende-se da norma em destaque, que sua aplicabilidade se restringe aos lançamentos nos quais o valor das operações ou das prestações é arbitrado pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

autoridade fiscal (art. 51 da Lei nº 6.763/75) ou amparado pelas presunções legais de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais, conforme autorização prevista na Lei nº 6.763/75 (art. 49, § 2º), sendo certa a sua aplicação na apuração fiscal *sub examine*.

Cabe destacar que a presunção legal de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no caso em exame, encontra-se respaldada na legislação tributária federal e mineira.

O Decreto nº 3.000/99, que regulamenta o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza trata, em seus arts. 281 e 282, dentre outros, as hipóteses de presunção da omissão de registro de receitas, *in verbis*:

Art. 281. Caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12, § 2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 40):

I - a indicação na escrituração de saldo credor de caixa;

II - a falta de escrituração de pagamentos efetuados;

III - a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.

Suprimentos de Caixa

Art. 282. Provada a omissão de receita, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a autoridade tributária poderá arbitrará-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstrada.

(Grifou-se).

Na legislação mineira, referida presunção está regulamentada no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º do RICMS/02, a saber:

Lei nº 6.763/75:

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete a Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

§ 1º - Para os efeitos da fiscalização do imposto, é considerada como subsidiária a legislação tributária federal.

(...)

§ 2º - Aplicam-se subsidiariamente aos contribuintes do ICMS as presunções de omissão de

receita existentes na legislação de regência dos tributos federais.

RICMS/02

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

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

(...)

§ 3º - O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertadas de documento fiscal.

(Grifou-se).

Observe-se que a presunção legal do art. 194, § 3º do RICMS/02, não se restringe aos casos de "saldo credor na conta Caixa", mas também autoriza a utilização da presunção quando existirem recursos não comprovados na conta "Caixa", como no caso em epígrafe.

Registra-se que a utilização de presunção pela Fiscalização não inibe a apresentação de provas em sentido contrário ao fato presumido, por parte da Impugnante.

Os argumentos defensórios trazidos aos autos pela Impugnante são, em síntese, os seguintes quanto a esse item do lançamento:

"que não há impedimento legal no fato de um sócio emprestar dinheiro para a empresa, se fosse ao contrário, a empresa emprestando para o sócio é que não seria legal, pois configuraria distribuição disfarçada de lucros. Que parte dos recursos foi levantada em banco pelos sócios, conforme extratos anexados às fls. 416/419. Que não seria obrigatória a existência de contrato ou letra promissória dada a confiabilidade dentre as partes prevista no contrato social. E se fosse caso de omissão de recita como acusa o Fisco, a empresa teria feito alteração contratual com elevação de capital social".

A Fiscalização deixou consignado o seguinte sobre essa discussão:

Não assiste razão à Impugnante na alegação de fls. 403 e 404 quanto à irregularidade do item 1 do Auto de Infração, que tratou das saídas desacobertadas relativas a empréstimos, de que não há impedimento legal no ato do sócio emprestar para a empresa, se fosse ao contrário, a empresa emprestando para o sócio aí sim não seria legal e de que não seria obrigatória a existência de contrato ou letra promissória dada a confiabilidade dentre as partes prevista no contrato social.

Não foi exatamente esta a irregularidade apontada pelo Fisco.

A Impugnante foi intimada – fls. 82 e 83 - a apresentar documentos que comprovasse a regularidade dos referidos empréstimos, bem como os comprovantes de quitação destes. Em atendimento a intimação, foram apresentados os documentos de fls. 84 a 91 que, pelas características extrínsecas dos mesmos (conservação, brancura do papel, formatação do texto, etc.), percebe-se que foram feitos em data atual e não à data dos fatos a que tais documentos se referem, no caso 2012 a 2014.

Considerando o exacerbado valor dos empréstimos, supunha a apresentação de documentos bancários que comprovassem a tradição dos valores para a empresa, o que não foi feito.

A Impugnante foi intimada para apresentar as declarações de Imposto de Renda dos sócios para se verificar a capacidade financeira para os referidos empréstimos – fls. 92. Atendendo a intimação, foram apresentados os documentos de fls. 93 a 111 onde se constatou a inexistência de recursos financeiros que corroborassem os empréstimos em questão. Destaca-se que os alegados empréstimos bancários levantados pelos sócios também não constaram nas declarações de Imposto de Renda destes.

Diante disto, está correta a irregularidade imputada à Impugnante de saídas desacobertadas de documento fiscal, ante a falta de documentação idônea, hábil a comprovar que os recursos financeiros relativos aos supostos empréstimos de sócios lançados na conta contábil caixa foram efetivamente entregues à Impugnante;

(Grifou-se).

Destaca-se que a irregularidade em exame, saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, nos termos da presunção legal prevista no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º do RICMS/02, caracteriza-se pela constatação de recursos não comprovados na conta “Caixa”, oriundos empréstimos de sócios, sem a comprovação da origem e do efetivo ingresso dos recursos no caixa da empresa.

Verifica-se que foram apresentados pelos Autuados somente contratos de mútuos e recibos informais, que não têm o condão de ilidir a presunção de omissão de receitas, uma vez que não provam nem a origem nem a efetiva entrega dos recursos.

Os extratos bancários colacionados aos autos pela Impugnante (fls. 416/419) também não comprovam a origem dos recursos levados a registro na conta

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Caixa”, pois não há sequer coincidência de data e de valores entre os valores grafados em tais extratos com os supostos contratos de mútuo anexados às fls. 84/87.

Ademais, vale destacar as conclusões efetuadas pela Fiscalização ao analisar as características extrínsecas desses documentos:

A Impugnante foi intimada – fls. 82 e 83 - a apresentar documentos que comprovasse a regularidade dos referidos empréstimos, bem como os comprovantes de quitação destes. Em atendimento a intimação, foram apresentados os documentos de fls. 84 a 91 que, pelas características extrínsecas dos mesmos (conservação, brancura do papel, formatação do texto, etc.), percebe-se que foram feitos em data atual e não à data dos fatos a que tais documentos se referem, no caso 2012 a 2014.

Considerando o exacerbado valor dos empréstimos, supunha a apresentação de documentos bancários que comprovassem a tradição dos valores para a empresa, o que não foi feito.

(Grifou-se).

Enfatize-se que tais operações financeiras (mútuos) devem ser efetivadas mediante lançamentos contábeis lastreados por documentação idônea, devendo ser comprovado por meio de depósitos, extratos bancários, ou outros meios de prova. É necessário que a comprovação da origem dos recursos seja feita cumulativa e de forma indissociável com a efetividade da entrega correspondente, mediante documentação hábil, idônea e coincidente em datas e valores.

Acresça-se que a Fiscalização colacionou aos autos declarações de imposto de renda dos sócios (fls. 93/111) nas quais se constata que tais empréstimos não foram levados a registro.

Assim, este item do lançamento afigura-se correto, uma vez que caracterizado o suprimento indevido da conta “Caixa”, mediante lançamentos contábeis relativos a empréstimos não comprovados.

Inexistindo a efetiva comprovação do empréstimo (origem e entrega dos recursos), o valor a ele correspondente é caracterizado como omissão de receita (presunção legal de saídas desacobertadas), conclusão corroborada pela seguinte decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que versa sobre matéria similar à ora analisada:

ACÓRDÃO Nº 103-22835 de 08 de Dezembro de 2006 – 3ª Turma

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - EMPRÉSTIMO CONCEDIDO – COMPROVAÇÃO - Tendo o Fisco efetuado a prova da realização de empréstimo no mês de janeiro/1998, pelo contribuinte, cabe a este, se pretende refutar ou alterar os pressupostos em que se assentou o lançamento, apresentar provas hábeis e idôneas. A comprovação de que o empréstimo não ocorreu da forma

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

afirmada pelo Fisco é ônus do impugnante. O Contribuinte deve comprovar a ocorrência da operação que alega ter ocorrido.

(Grifou-se).

É consenso que os contratos de mútuo, por si só, não comprovam a efetividade das transações. É este o entendimento esposado em decisões do então Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e do Tribunal de Justiça deste Estado sobre matérias idênticas ou similares à ora analisada:

ACÓRDÃO Nº 272.269-2, 4ª CÂMARA CÍVEL TJMG:

EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - SUPRIMENTO DE CAIXA POR SÓCIO DA EMPRESA INDEMONSTRADO - PRESUNÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL - ADMISSIBILIDADE. A LEGISLAÇÃO FISCAL ADMITE O SUPRIMENTO DE CAIXA POR SÓCIO DA EMPRESA, SENDO, TODAVIA, MISTER QUE APRESENTE O EFETIVO COMPROVANTE DO EMPRÉSTIMO, COM A APRESENTAÇÃO DO CONTRATO, DA TRANSFERÊNCIA DE VALORES E DA CAPACIDADE ECONÔMICA DA PESSOA FÍSICA PARA REALIZAR O NEGÓCIO, E, INEXISTINDO ESSES DOCUMENTOS, INCIDE A REGRA CONTIDA NO ARTIGO 194, § 3º, DO RICMS/96, PRESUMINDO-SE A SAÍDA DE MERCADORIA SEM EMITIR A DEVIDA NOTA FISCAL.

(...)

(GRIFOU-SE).

ACÓRDÃO Nº 12-22915 DE 16 DE FEVEREIRO DE 2009 – 4ª TURMA - EMENTA: OMISSÃO DE RECEITAS. SUPRIMENTOS DE NUMERÁRIO ATRIBUÍDOS A ACIONISTA CONTROLADOR.

SERÃO CONSIDERADOS RECEITAS OMITIDAS OS SUPRIMENTOS DE NUMERÁRIO ATRIBUÍDOS AO ACIONISTA CONTROLADOR, SE A COMPANHIA DEIXAR DE COMPROVAR A ORIGEM E A EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS (ART. 282 DO RIR/99). A APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE MÚTUO, POR SI SÓ, NÃO BASTA PARA ELIDIR A PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS, PORQUE NÃO PROVA NEM A ORIGEM NEM A EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS. A MERA DEMONSTRAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO ALEGADO SUPRIDOR NÃO PROVA A ORIGEM NEM A EFETIVA ENTREGA DO SUPRIMENTO. APENAS INDICA QUE AQUELA PESSOA TERIA CONDIÇÕES, EM TESE, DE FORNECER OS RECURSOS. A PRESUNÇÃO LEGAL REFERIDA NO ART. 282 DO RIR/99 DISPENSA A AUTORIDADE FISCAL DE APRESENTAR A PROVA DIRETA DA OMISSÃO DE RECEITAS, MAS NÃO A EXIME DE APONTAR, NA CONTABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA, OS

SUPRIMENTOS ATRIBUÍDOS ÀQUELAS PESSOAS QUE A LEI MENCIONA. INEXISTINDO O REGISTRO CONTÁBIL DO SUPRIMENTO, A PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS NÃO SE SUSTENTA.

(GRIFOU-SE).

Ressalta-se que poderia a Impugnante contrapor-se à acusação fiscal anexando aos autos prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea. Como assim não agiu, uma vez que os documentos e alegações trazidos aos autos não comprovaram a origem dos recursos como empréstimos dos sócios, aplica-se o disposto no art. 136 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Art. 136 - Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Assim, corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

2 - Saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo c/c índice técnico de consumo de embalagens

Cuida este item do lançamento da constatação de saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, em dezembro de 2014, apurada mediante levantamento quantitativo c/c índice técnico de consumo de embalagens.

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

A apuração do imposto e documentos relativos a essa irregularidade constam dos seguintes Anexos:

- Anexo IV: Levantamento Quantitativo – Embalagem (exercício fechado), saco PP med 90x60, produto milho - fls. 19;
- Anexo V: Relação de aquisição de embalagem PP med 90x60 (fls. 20);
- Anexo VI: Relação de saídas de milho – embalagem 50kg (fls. 21/33);
- Anexo VII: Levantamento Quantitativo – Embalagem (exercício fechado), saco PP med 90x70, produto ração e fubá de milho (fls. 34);
- Anexo VIII: Relação de aquisição de embalagem PP med 90x70 (fls. 35);
- Anexo IX: Relação de saídas de ração e fubá de milho – embalagem 50kg (fls. 36/62);
- notas fiscais de entrada de embalagem (fls. 63/80).

Consta, ainda, às fls. 82/116, cópia do Registro de Inventário. Às fls. 117/118, consta intimação fiscal, na qual o Fisco solicita à Autuada, informação sobre

à utilização das embalagens que foram objeto do levantamento quantitativo, bem como a respectiva resposta da Contribuinte.

Sobre este item do lançamento, sustentou, em síntese, a Autuada:

“foi feita informação errônea ao Fisco por meio do inventário, sendo que ele ficou com alguns dados errados e também foi constatada irregularidade no sistema o qual a empresa confia;

- que o sistema usava uma única ficha de estoque para as embalagens de 90x60 e 90x70, fato constatado somente após o trabalho do Fisco;

- após a constatação dessa irregularidade, fez um levantamento detalhado de todas entradas, saídas e produção e embalagem em 2013 e 2014 para descobrir os saldos inicial e final de 2014;

- a embalagem 90x60 é usada para embalar milho em grão (50kg) e caroço de algodão (35kg). Tudo isso pode ser comprovado pelas notas fiscais de saídas mencionadas nos Anexos I e II, tanto de milho que entra a granel como o algodão;

- e, para comprovar a totalidade das entradas, foi feito um levantamento conforme anexos XXVIII de caroço de algodão e XXIX de milho, sendo o caroço de algodão revendido em embalagem de 35kg e o milho é vendido em embalagem de 50kg, ambos são revendidos em sacaria de 90x60, mas o milho além de ser revendido, é usado para industrialização de fubá de milho e na produção de todo tipo de ração;

- foi feita uma ficha de estoque para melhor esclarecer e demonstrar saldo inicial e final, com todas as entradas e saídas para produção e revenda, que também poderá ser vistoriado e analisado pela Fiscalização;

- as embalagens 90x70 são usadas para fubá de milho, ração 24% elite de 50kg, ração 18% bezerros 50kg, ração equinos 50kg, ração 22% 50kg, ração 24% extra 50kg, ração pré-parto 50kg, ração elite 24% com ureia 50kg, ração 22% com ureia 50kg, soja (que muitas das vezes entra a granel), polpa cítrica e casquinha de soja, o que também foi demonstrado nos anexos;

- em momento algum ocorreram saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal, o que ocorreu foi uma falha no sistema, já regularizada;

- às fls. 405 e 406 são colacionados os demonstrativos assim denominados: Quadro Demonstrativo da ficha de estoque da embalagem 90x60 e Quadro Demonstrativo da ficha de estoque da embalagem 90x70, respectivamente;

- diz que encontrou uma diferença de 1.243 unidades que se refere à perda na industrialização, que não atinge 1% das aquisições ocorridas em 2014;

- outra situação que confirma mais ainda o erro no sistema é o valor unitário da embalagem que custa em torno de R\$ 0,95 (noventa e cinco centavos), e, no inventário o preço unitário saiu de R\$ 16,31 (dezesseis reais e trinta e um centavos).”

Sobre esses argumentos defensórios, a Fiscalização deixou consignado:

Não deve prosperar a alegação relativa a irregularidade de nº 2 do Auto de Infração, de que foi feita informação errônea ao Fisco referente ao inventário apresentado, por ter sido “constatado uma irregularidade no sistema do qual a empresa confia”.

Os Levantamentos Quantitativos elaborados com base nas embalagens tipo 90x60 e 90x70 e demonstrados nos Anexos IV a IX deste Auto de Infração utilizaram informações extraídas dos livros Registro de Inventário apreendidos às fls. 113/116 e 260/262, bem como dos documentos fiscais de aquisição e de saídas.

A alegação de que a informações não são as corretas **após o início e conclusão da ação fiscal empreendida** junto à Impugnante não têm o condão de invalidar o trabalho fiscal.

Ademais, somente após a conclusão da auditoria é que, conforme alegou às fls. 404, a Impugnante fez um **“levantamento detalhado de todas, entrada, saída, produção e embalagem gasta com cada produto, em 2013 e 2014 para descobrir o saldo inicial e final de 2014”**.

A Impugnante fez uma conta ao contrário, ou seja, partindo dos documentos fiscais levantou as entradas, saídas, produção e embalagem para então “descobrir” os estoques inicial e final de 2014, enquanto que o Fisco apurou exatamente operações à margem da escrituração fiscal, ou seja, saídas para as quais não foram emitidos documentos fiscais.

O levantamento feito pela Impugnante nunca resultaria em saída desacobertada de documento fiscal, pois os estoques inicial e final foram “descobertos” a partir dos documentos fiscais de entradas e saídas regularmente emitidos e escriturados.

Vale salientar que no caso do inventário é praxe administrativa se fazer o cotejo entre o real (contagem física) e o que o “sistema” apresenta antes de levá-lo a registro e informar ao Fisco.

Outrossim, com relação a alegação de que a sacaria tamanho 90x60 seria usada para embalar além do milho, o caroço de algodão, é importante lembrar que a Impugnante foi intimada a informar os produtos acondicionados nas embalagens 90x60 e 90x70 sendo que, com relação à primeira, foi informado somente o milho, conforme fls. 117 e 118.

Nesta mesma intimação foi solicitado e a Impugnante respondeu que não havia perda de embalagens no processo produtivo, diferentemente da agora alegada existência de perdas.

Pelo exposto, os dados apresentados nesta impugnação não refletem a realidade dos fatos e não estão devidamente provados por documentação idônea, de forma a afastar como corretas as informações prestadas ao Fisco antes do início da ação fiscal, utilizadas para a elaboração do Levantamento Quantitativo;

As alegações do Sujeito Passivo não elidem as exigências fiscais.

Verifica-se que a Fiscalização se baseou, para apuração em exame, nos dados da escrita fiscal da Autuada e em informações apresentadas em atendimento a intimações fiscais.

E, somente agora após o lançamento, é que a Autuada, segundo alega, constatou equívocos em sua escrita fiscal.

Nesse sentido, vale destacar que consta às fls. 118, resposta a questionamentos fiscais apresentadas pelo contador da empresa autuada na qual consta que:

- a embalagem na medida 90x60 era usada para acondicionar somente milho;
- a embalagem na medida 90x70 era usada para acondicionar fubá de milho e ração;
- não há perdas de embalagem no processo produtivo.

E esses dados foram considerados pela Fiscalização nas apurações relativas a este item do lançamento, conforme se verifica às fls. 19 (levantamento quantitativo produto embalado milho – saco 90x60) e fls. 34 (levantamento quantitativo produto embalado ração e fubá de milho – saco 90x70).

Verifica-se que também foram utilizados nos demonstrativos de apuração os Estoques Iniciais e Fiscais das embalagens constantes dos Registros de Inventários colacionados às fls. 113/116 e 260/262:

- estoque inicial de embalagem sacos 90x60 = 29.547 un/Estoque final de embalagem sacos 90x60 = 0 un.

- estoque inicial de embalagem sacos 90x70 = 0 un/Estoque final de embalagem sacos 90x70 = 0 un.

Com a impugnação, foram acostados novo Registro de Inventário relativo a 31/12/14 (fls. 420/422) e também documento denominado “Analítico da Movimentação do Estoque de 01/01/14 a 31/12/14 (fls. 423/428) que serviram de base para apuração realizada pela Autuada, tendo sido alterados as quantidades de mercadorias relativas os estoques finais e iniciais das referidas embalagens de medida

90x60. Examine-se as quantidades de embalagens que foram consignadas pela Autuada nesses novos registros:

- estoque inicial de embalagem sacos 90x60 = 14.935un./estoque final de embalagem sacos 90x60 = 94.506 un.

No caso em exame, o que fez a Impugnante foi, após a conclusão da auditoria fiscal, conforme alegou na impugnação às fls. 404, elaborar um “levantamento detalhado de todas as entradas, saídas, produção e embalagem gasta com cada produto (que agora alega serem embalados com os sacos de 90x60), para descobrir o saldo inicial e final do exercício de 2014”.

Contudo, como destaca a Fiscalização, os estoques inventariados são contados aos finais dos exercícios e levados a registro. E, dessa forma, a alteração das quantidades informadas inicialmente no Registro de Inventário que foi apresentado para a Fiscalização e utilizado na apuração em exame, como fez a Impugnante, não tem o condão de elidir a acusação fiscal.

E nesse diapasão, vale relembrar o argumento fiscal de que o “levantamento feito pela Impugnante nunca resultaria em saída desacobertada de documento fiscal, pois os estoques inicial e final foram “descobertos” a partir dos documentos fiscais de entradas e saídas regularmente emitidos e escriturados”.

Portanto, não merece reparo este item do lançamento, estando corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

3 - Presunção legal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75

Cuida este item do Auto de Infração da acusação fiscal de saídas de mercadorias, destinadas à revenda, desacobertadas de documentação fiscal, no mês de março e setembro de 2013, em decorrência da falta de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadorias, cujas respectivas operações foram informadas pelos estabelecimentos remetentes das mesmas por meio dos arquivos eletrônicos Sintegra e Sped Fiscal. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Apuração do imposto devido, com adoção da alíquota no percentual de 18% (dezoito por cento) e margem de agregação no percentual de 30% (trinta por cento), prevista no art. 72, inciso IV, Anexo IX do RICMS/02, encontra-se no Anexo I de fls. 08.

E, conforme reconhecido pela Impugnante, as notas fiscais não registradas não foram enviadas à contabilidade para tal providência.

A previsão legal para cumprimento da obrigação acessória de escriturar os documentos fiscais nos livros próprios, encontra-se disciplinada no art. 16, inciso VI, da Lei nº 6.763/75 e art. 166 do RICMS/02, a seguir transcritos:

Lei nº 6.763/75

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

VI- escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

(...)

Art. 39- Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

RICMS/02

Art. 127. A escrituração dos livros e documentos fiscais será feita pelo sujeito passivo, na forma estabelecida pela legislação tributária, com base nos documentos relativos às operações ou às prestações realizadas.

Anexo V

Art. 166. O livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destina-se à escrituração de serviços de transporte e comunicação utilizados e de entrada de mercadoria, a qualquer título, no estabelecimento.

Como a Contribuinte não cumpriu a obrigação prevista na legislação, aplicável ao caso, conforme reconhecido pela Impugnante, é correta a aplicação da presunção legal de que as mercadorias listadas nos referidos documentos fiscais saíram do estabelecimento, também, sem acobertamento fiscal, conforme o disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75 (art. 194, § 5º, inciso I do RICMS/02):

Lei 6.763/75

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

(...)

Parágrafo único. Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

(...)

RICMS/02

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

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

(...)

§ 5º - Presume-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

Não há reparos a se fazer na aplicação pelo Fisco, do dispositivo legal transcrito, o qual prevê expressamente a presunção da entrada e saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, em razão de a Contribuinte sonegar informação a respeito de operações de aquisição, vindo a ser conhecidas pela Fiscalização mediante informações colhidas dos fornecedores da Impugnante.

Destaca-se, por oportuno, que a base de cálculo do imposto foi apurada com a agregação ao valor das mercadorias da margem no percentual de 30% (trinta por cento), prevista no art. 73, inciso IV, Anexo IX do RICMS/02:

Art. 73. Para o efeito de aplicação do disposto no artigo anterior, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo e no caput do artigo 76 desta Parte, o valor da operação não poderá ser inferior ao constante do documento fiscal acobertador da saída da mercadoria do estabelecimento de origem, acrescido dos seguintes percentuais:

I - 60% (sessenta por cento), no caso de confecções, aguardente de cana, artigos de perfumaria, joalheria, armarinho e bijuterias;

II - 50% (cinquenta por cento), no caso de ferragens, eletrodomésticos, móveis, calçados e produtos de louça, vidro e cerâmica;

III - 40% (quarenta por cento), no caso de tecidos, postais, gravuras, curiosidades;

IV - 30% (trinta por cento), no caso de outras mercadorias.

(Grifou-se).

A Fiscalização, na apuração do imposto devido, utilizou, corretamente, a alíquota no percentual de 18% (dezoito por cento), com fulcro e por determinação da norma ínsita no art. 12, § 71 da Lei nº 6.763/75, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 20.540/12:

Art. 12 (...)

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

(Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à alegação da Defesa de que as mercadorias (farelo de soja, sal mineral e ração) estão sujeitas ao diferimento do imposto, destaca-se que encerra tal benesse na hipótese de desacobertura fiscal, a teor do que dispõe o art. 12, inciso II do RICMS/02:

Art. 12. Encerra-se o diferimento quando:

(...)

II - a operação for realizada ou o serviço prestado sem documento fiscal;

Corretas, portanto, as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75:

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

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacoberta 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;

(...)

Cumprido registrar que no caso deste item do lançamento, seria aplicável a multa isolada no percentual de 40% (quarenta por cento), conforme inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, tendo em vista que os documentos fiscais de entrada, objeto da acusação fiscal, não se encontravam escriturados nos livros fiscais, não tendo sido, portanto, a irregularidade apurada com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal da Contribuinte, hipótese de aplicação da penalidade no percentual de 20% (vinte por cento).

No tocante ao pedido de redução da multa isolada aplicada, registra-se que que o benefício previsto no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75 não pode ser aplicado ao caso presente, uma vez que a infração resultou em falta de pagamento do imposto:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

4 - Falta de registro dos documentos fiscais relativos a entradas de mercadorias, não destinadas à revenda e produção, no livro de Registro de Entradas – LRE

Constatou-se a falta escrituração de documentos fiscais, relativos a entradas de mercadorias não destinadas à revenda e à produção, listados no demonstrativo de fls. 09 (Anexo II), irregularidade que é reconhecida pela Impugnante.

A previsão legal para cumprimento da obrigação acessória de escriturar os documentos fiscais nos livros próprios encontra-se disciplinada no art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75 e no art. 166 do RICMS/02, a seguir transcritos:

Lei nº 6.763/75

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

VI- escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

(...)

Art. 39. Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

RICMS/02

Art. 127. A escrituração dos livros e documentos fiscais será feita pelo sujeito passivo, na forma estabelecida pela legislação tributária, com base nos documentos relativos às operações ou às prestações realizadas.

Anexo V

Art. 166. O livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destina-se à escrituração de serviços de transporte e comunicação utilizados e de entrada de mercadoria, a qualquer título, no estabelecimento.

Como a Autuada não cumpriu a obrigação prevista na legislação, corretamente, exige-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75:

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

I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento - 10% (dez por cento) do valor

constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

(...)

Cumpre destacar que a Impugnante postula a redução (ou cancelamento) da multa isolada, sustentando ter agido de boa-fé, além de reportar-se à previsão legal constante na Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista o pedido formulado pela Autuada, a aplicação do permissivo legal foi discutida na Câmara de Julgamento.

Entretanto, não foi cumprido o requisito quanto ao número de votos exigidos pela lei, mantendo-se inalterado o valor da multa isolada aplicada.

5 - Entrega de arquivos eletrônicos em desacordo com legislação

Este item do AI refere-se à acusação fiscal de entrega em desacordo com a legislação, dos arquivos eletrônicos Sintegra, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, devido à omissão dos registros tipos 54, 74 e 75, conforme Anexo X de fls. 81.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXIV, da Lei nº 6.763/75.

A obrigatoriedade de entregar, mensalmente, os arquivos eletrônicos solicitados pela Fiscalização, encontra-se prevista nos arts. 10, *caput* e § 5º, e 11, *caput* e § 1º, c/c 39, todos do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10 - Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

(...)

§ 5º - O contribuinte, observado o disposto nos artigos 11 e 39 desta Parte, fornecerá o arquivo eletrônico de que trata este artigo, atendendo às especificações descritas no Manual de Orientação previsto na Parte 2 deste Anexo, vigente na data de sua entrega.

(...)

Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o art. 10, observado o disposto no art. 39, todos desta Parte, será realizada, mensalmente, mediante sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao das operações e prestações.

§ 1º - O contribuinte deverá verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

atualizada do programa validador SINTEGRA e do programa transmissor TED, obtidos no endereço eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais na internet (www.sef.mg.gov.br).

(...)

Art. 39 - O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e o arquivo eletrônico de que trata este Anexo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data da exigência, sem prejuízo do cumprimento da obrigação prevista no artigo 11 da Parte 1 deste Anexo e do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meio eletrônico.

De acordo com o disposto no art. 10, no seu § 5º, retrotranscrito, os contribuintes (usuários de Processamento Eletrônico de Dados - PED para emissão de documento fiscal e ou escrituração de livro fiscal e de Emissor de Cupom Fiscal - ECF) devem entregar arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações realizadas no período de apuração, o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos, observadas as especificações prescritas no Manual de Orientação previsto na Parte 2 do Anexo VII do RICMS/02, vigentes na data da entrega do arquivo.

Já a norma ínsita no art. 11, § 1º, determina que ao contribuinte cabe verificar a consistência dos arquivos gerados e transmiti-los, via *internet*, para a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

Registra-se que mesmo nos períodos em que não haja movimento de entradas e/ou saídas, obrigatoriamente, devem ser informados os registros tipos “10”, “11”, “88SME”, “88SMS” e “90”. A obrigatoriedade advém da norma ínsita no RICMS/02, em seu Anexo VII, Parte 2, itens 24 e 25.

Destaca-se que a Impugnante alega, em sua defesa, que transmitiu os arquivos eletrônicos com os registros faltantes após o recebimento do Auto de Infração- AI, o que é reconhecido pela Fiscalização aos seguintes termos:

Também não procede a alegação sobre a irregularidade do item 5, de que em momento algum deixou de apresentar os arquivos e que todos foram transmitidos corretamente com a informação de todas as notas fiscais de entradas e saídas.

Antes mesmo da ação fiscal foi constatada a ausência dos registros 54, 74 e 75 obrigatórios e necessários ao trabalho de auditoria. No AIAF foi requisitado à Impugnante a apresentação dos comprovantes de transmissão dos arquivos eletrônicos com integridade comprovada, ou seja, com todos os registros a que estaria obrigada.

O AIAF foi recebido em 05/05/2016 – fls. 06. No desenvolvimento da auditoria foi novamente solicitado a Impugnante a correção dos arquivos e, até a data da lavratura do AI os mesmos não foram retransmitidos.

Considerando a alegação de que os registros 54,74 e 75 foram retransmitidos, pesquisamos nos nossos arquivos e verificamos as alegadas retransmissões feitas nas datas de 08/08/2016 a 15/08/2016, portanto, **posteriormente ao início da ação fiscal, ao recebimento do Auto de Infração e também da Impugnação apresentada, cujo protocolo foi em 05/08/2016.**

Assim, a exigência deve ser mantida.

Contudo, a transmissão dos arquivos eletrônicos após a ação fiscal e recebimento do AI não tem o condão de eximir a Autuada da penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória, devidamente prevista na legislação.

Assim, caracterizada a infração apontada pela Fiscalização, encontra-se correta a exigência, por período, da Penalidade capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXIV - por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais - 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração.

No que diz respeito à possibilidade de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos da faculdade prevista no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, vale destacar que a empresa autuada não é reincidente conforme pesquisa de fls. 474.

Da sujeição passiva

É fato incontroverso nos presentes autos a condição de contribuinte da empresa autuada em relação ao imposto e acréscimos exigidos nos presentes autos.

Com relação aos Coobrigados, dispõe o art. 5º da LC nº 87/96 que *“lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo”*.

O Código Tributário Nacional, por intermédio do art. 121, inciso II, é cristalino ao dispor:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

(Grifou-se).

Quanto à inclusão no polo passivo da obrigação tributária, dos sócios-administradores da empresa autuada, cujos poderes pela administração da empresa constam da Primeira Alteração Contratual de fls. 411/413, destaca que esta se deu conforme o disposto no art. 135, inciso III do CTN e do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Código Tributário Nacional

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

(...)

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

Lei nº 6763/75

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias 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.

Desse modo, responde solidariamente pelo crédito tributário, o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

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, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira.

Induidoso que os sócios-administradores tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as irregularidades em exame caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta dos sócios-administradores da Autuada com intuito de lesar o Erário mineiro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros (Revisora) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 16 de março de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Alea Bretas Ferreira
Relatora

CC/MG