

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.754/18/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000717477-35
Impugnação: 40.010143973-74, 40.010143975-28 (Coob.), 40.010143974-55 (Coob.)
Impugnante: Aguiar Distribuidora de Bebidas e Comércio Ltda.
IE: 242250785.00-16
Francisco Lacerda de Aguiar Neto (Coob.)
CPF: 813.253.397-68
Gilda Botelho de Aguiar (Coob.)
CPF: 856.981.807-68
Origem: DF/Ubá

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência dos sócios, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias (bebidas) desacobertas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e multas. Para as entradas e estoque de mercadorias desacobertas, exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II todos da Lei nº 6.763/75. Para as saídas desacobertas, exigência apenas da Multa Isolada do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a entrada, saída e estoque de mercadorias (bebidas) desacobertas de documentação fiscal, apurados mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), período de 2012 a 2016.

Para as entradas e estoque desacobertos, exigências de ICMS/ST devido, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para as saídas desacobertadas, exigência da Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Constam também da sujeição passiva Francisco Lacerda de Aguiar Neto e Gilda Botelho de Aguiar, sócios administradores da empresa.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por sua representante legal, Impugnação às fls. 71/105, enquanto os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por sua representante legal, Impugnação às fls. 106/119. Juntam os documentos de fls. 120/236.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 241/251 e pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

A Autuada requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios que alega existir no lançamento, pois alega que foram consideradas de forma equivocada a data de notas fiscais e isso teria impactado as irregularidades apuradas.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois 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.

Induvidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda 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 a Autuada discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações. No caso, como será demonstrado na análise do mérito, utilizou-se a data informada/declarada pela própria Autuada.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a entrada, saída e estoque de mercadorias (bebidas) desacobertadas de documentação fiscal, apurados mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID) no período de 2012 a 2016.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para as entradas e estoque desacobertos, exigências de ICMS/ST devido, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Para as saídas desacobertas, exigência da Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Constam também da sujeição passiva Francisco Lacerda de Aguiar Neto e Gilda Botelho de Aguiar, sócios administradores da empresa.

As análises foram feitas com base em documentos e registros da Escrituração Fiscal Digital do Contribuinte.

O procedimento fiscal estabelecido no art. 194, inciso II do RICMS/02, é tecnicamente idôneo, tendo o Fisco observado as determinações nele previstas, especialmente as contidas em seu § 1º, a saber:

RICMS/02

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

(...)

II - levantamento quantitativo;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

(...)

§ 1º - No caso de levantamento quantitativo em exercício aberto, observado o seguinte:

I - antes de iniciada a contagem física contribuinte, o seu representante ou a pessoa responsável pelo estabelecimento, presente no momento da ação fiscal, para acompanhar ou fazer acompanhar a contagem;

II - a intimação feita em (duas) vias, ficando uma em poder do Fisco e a outra em poder do intimado;

III - o contribuinte, o seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento aporão o “ciente” na via da autoridade fiscal e, nessa oportunidade, indicarão física das mercadorias, que, durante a mesma, fazer por escrito as observações convenientes;

IV - terminada a contagem, o contribuinte, o seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento assinarão, juntamente com a autoridade fiscal, o documento em que a mesma ficou consignada;

Por meio da combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), verifica-se a ocorrência de possíveis irregularidades, utilizando a seguinte equação:

$$\text{Estoque Inicial} + \text{Entradas} - \text{Saídas} = \text{Estoque Final}$$

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal roteiro tem por finalidade a conferência pela Fiscalização das operações de entradas e saídas de mercadorias, diariamente, pelo confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e saídas, por produto, emitidas no respectivo período.

Nesse procedimento é feita uma combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), com a finalidade de apurar possíveis irregularidades, por meio da utilização da equação em quaisquer das duas formas apresentadas a seguir:

“VENDAS (SAÍDAS) = ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS – ESTOQUE FINAL”

“ESTOQUE FINAL = ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS – VENDAS (SAÍDAS)”

O resultado apurado decorre de aplicação matemática, representando, exatamente, toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente, não se tratando, portanto, de meras suposições.

Logo, é possível verificar quando ocorre a emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia, neste caso, o levantamento informa que houve “saída sem estoque” (SSE), o que comprova a entrada de mercadoria desacoberta de documento fiscal.

Ressalta-se que a contestação ao levantamento quantitativo financeiro diário pode ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento, com evidências e justificativas, das diferenças encontradas, fazendo-se acompanhar, ainda, dos elementos de prova que sustentem as alegações feitas.

Os argumentos apresentados pela Impugnante e confrontados com a legislação que regula a matéria, não podem alterar o lançamento.

A Impugnante não trouxe qualquer argumento que pudesse invalidar ou alterar o lançamento fiscal, se valendo apenas do frágil argumento de que haveria erro na data de entrada de diversas mercadorias e que isso teria distorcido a conclusão fiscal.

Conforme mencionado, as análises foram feitas com base em documentos e registros da Escrituração Fiscal Digital – EFD, que contém as informações declaradas pelo Contribuinte aos Fiscos Estaduais e Federal.

O GUIA PRÁTICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFDICMS/IPI, quanto ao preenchimento do registro C100, no qual o Contribuinte informa todos os dados referentes às Notas Fiscais, assim dispõe sobre a data:

- Data do documento: Campo 10 (DT_DOC) - Preenchimento: informar a data de emissão do documento, no formato “ddmmaaaa”, excluindo-se quaisquer caracteres de separação, tais como: “.”, “/”, “-”. Validação: o valor informado no campo deve ser menor ou igual ao valor do campo DT_FIN do registro 0000.

- Data de entrada ou saída: Campo 11 (DT_E_S) - Preenchimento: informar a data de entrada ou saída, conforme a operação, no formato “ddmmaaaa”; excluindo-se quaisquer caracteres de separação, tais como: “.”, “/”, “-”. Quando o campo IND_OPER indicar operação de “saída”, este campo será informado apenas se o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contribuinte possuir este dado em seus sistemas. Validação: este campo deve ser menor ou igual ao valor do campo DT_FIN do registro 0000.

Para operações de entrada ou saída este valor deve ser maior ou igual à data de emissão (campo DT_DOC).

Nas operações de entradas de produtos este campo é sempre de preenchimento obrigatório.

Verifica-se, de uma forma muito clara, que quando do registro da nota fiscal de entrada, o contribuinte preenche o campo 10 (DT_DOC) com a data de emissão da nota fiscal, data esta que consta no documento fiscal, e o campo 11 (DT_E_S) com a data em que a mercadoria ingressou no estoque da empresa, e note-se que esta data é uma declaração de responsabilidade do contribuinte.

Portanto, a alegação da Autuada de que o Fisco deixou de verificar que diversas notas fiscais de entrada de mercadorias foram registradas pela Autuada em seus livros contábeis em datas bastante posteriores à sua emissão é completamente descabido, pois a informação em que se baseou o Fisco foram exatamente os registros declarados pelo Contribuinte e constantes da EFD. A data constante no LEQFID para cada nota fiscal de entrada é a data do campo 11 ((DT_E_S).

Ressalte-se que o valor das mercadorias que forma a base de cálculo do imposto apurado pelo LEQFID decorre da média ponderada das operações no período, com as devidas agregações, conforme dispõe a legislação de regência, o que consta da mídia de fls. 10, no anexo Memória de Cálculo.

Por essas razões, para entrada e estoque desacobertados, corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e art. 55, inciso II e § 2º, todos da Lei nº 6.763/75.

Cabe destacar que para as saídas desacobertadas, ao contrário do que alega a Autuada, houve exigência apenas da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Apesar de não ser exigido o ICMS, o valor da multa isolada não ultrapassou o montante de duas vezes o valor do imposto incidente na operação.

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 credito 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.

(...)

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, recebe-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;

(...)

Por fim, foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, além da pessoa jurídica, os sócios-administradores da empresa como Coobrigados.

O art. 121, parágrafo único, inciso II do Código Tributário Nacional – CTN prevê que o responsável tributário é sujeito passivo da obrigação principal, cuja obrigação decorre de disposição expressa da lei, sem que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador. E, o art. 124, inciso II do CTN, prescreve que "*são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei*". Essa norma possibilita que o ente tributante gradue a responsabilidade dos envolvidos.

Cumpre salientar que a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva indireta, é forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

Os sócios-administradores respondem pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 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:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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.

A gestão e/ou administração dos sócios com infração à lei tributária surge concomitantemente à obrigação tributária.

A melhor doutrina é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios-gerentes e diretores respondem pela obrigação tributária quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social, estatutos forem prévios ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária (que se dá pela realização do fato gerador).

No caso dos autos, restou demonstrado e comprovado os atos de gestão que implicaram nas irregularidades apuradas e, assim, foram praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária. Correta, pois, a responsabilização tributária dos sócios-administradores, Francisco Lacerda de Aguiar Neto e Gilda Botelho de Aguiar.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

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;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes e Hélio Victor Mendes Guimarães.

Sala das Sessões, 21 de março de 2018.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Revisor

Marco Túlio da Silva
Relator

D