

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.221/19/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000658782-71
Impugnação: 40.010143664-28, 40.010143665-92 (Coob.), 40.010143666-73 (Coob.)
Impugnante: Puro Doce Comércio e Empacotamento Eireli
IE: 001670151.00-94
Acir Pereira Fajardo (Coob.)
CPF: 274.972.596-87
Dênis Rossine Ferreira (Coob.)
CPF: 001.531.806-09
Coobrigado: Dênis Rossi de Ferreira
CPF: 128.749.106-51
Proc. S. Passivo: Antônio Alves Ferreira/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EIRELI - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), prevista no art. 980-A do Código Civil, responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75. Comprovado nos autos a prática de atos que repercutiram no descumprimento das obrigações tributárias. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez comprovado nos autos que o Sujeito Passivo é o proprietário de fato do estabelecimento autuado.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo, que a Contribuinte, no período fiscalizado, promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Irregularidade apurada por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso II, do RICMS/02. Exigências de 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. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de 01/01/12 a 23/09/16, apuradas por meio de levantamento quantitativo, procedimento idôneo previsto no inciso II, do art. 194 do RICMS/02.

Exigências de 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.

Além da empresa Autuada, foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, o titular da empresa individual de responsabilidade limitada e seu proprietário de fato, acima qualificados, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional - CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 129/163.

A Fiscalização junta documentos fiscais aos autos e intima a Autuada a prestar esclarecimentos, às fls. 414.

A Autuada atende intimação às fls. 452/453, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 455/467.

A Assessoria do CCMG determina diligência às fls. 505/506.

A Fiscalização atende a medida às fls. 507/510.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 529/536, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 541/543 e na reformulação do crédito tributário às fls. 544/547.

A Autuada adita sua Impugnação às fls. 556/559 e a Fiscalização manifesta-se às fls. 561/564.

A Assessoria do CCMG, em despacho às fls. 569, converte este processo ao Rito Sumário, com fulcro nas disposições do § 3º do art. 150 do RPTA.

A 3ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 570, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 572/574.

Aberta vista para a Impugnante, que se manifesta às fls. 594/597.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se às fls. 599/600.

DECISÃO

Das Preliminares

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento. No seu entendimento, o Auto de Infração está alicerçado em provas obtidas por meio ilícito e a acusação fiscal se baseia em presunção, pois não foram efetuadas contagens físicas diárias e faltam documentos para comprovar o alegado.

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), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso 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 da Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, levantadas mediante procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso II, do RICMS/02, muito distante da alegada presunção, conforme será demonstrado na análise de mérito.

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

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

Do Pedido de Perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto formula o quesito de fls. 558, assim disponente: *“qual a relação das NFs que acobertaram o transporte de mercadorias oriundas do AI, e em qual estado fora vendida tais mercadorias, em qual postos fiscais foram carimbadas as NFs?”*. (sic).

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispendo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de

conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

A Fiscalização elabora o levantamento quantitativo baseada nos documentos, informações e dados colhidos nos fornecedores da carteira comercial da própria empresa atuada, bem como nos registros fiscais relacionados com o estabelecimento fiscalizado.

O lançamento não será alterado pelo fato dos documentos fiscais apresentarem ou não, a aposição de carimbo de Posto Fiscal existente no provável itinerário para a movimentação das mercadorias adquiridas e levadas ao levantamento fiscal.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, como o quesito proposto não demanda especialista com conhecimentos técnicos específicos e a resposta ao questionamento encontra-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de 01/01/12 a 23/09/16, apuradas por meio de levantamento quantitativo, procedimento idôneo previsto no inciso II, do art. 194 do RICMS/02.

Exigências de 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.

Além da empresa Autuada, foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, o titular da empresa individual de responsabilidade limitada e seu proprietário de fato, acima qualificados, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional - CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente a Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito da Fazenda Pública de lançar o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos entre 13/02/12 a 03/04/12, em face do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

O dispositivo legal apontado pelo contribuinte para defender a decadência do crédito tributário está relacionado à homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago, o que não é o caso da exigência fiscal contida no Auto de Infração, na medida em que as irregularidades tributárias apuradas pelo Fisco resultaram em imposto devido que não foi declarado e nem pago.

Portanto, não há que se falar em homologação do lançamento, e sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN, que assim prescreve:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

Mais recentemente, pronunciou-se o STJ, no Agravo Regimental nos EDcl no REsp 1264479/SP, em acórdão de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, publicado em 10/08/16:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

E também no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 533.405–RS (2014/0144927-8):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 973.733/SC, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU A COMPREENSÃO DE QUE NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ O PAGAMENTO ANTECIPADO – CASO DOS AUTOS - O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É AQUELE ESTABELECIDO NO ART.173, I, DO CTN.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

Ressalta-se que este Conselho tem decidido, reiteradamente, em situações semelhantes, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, o qual determina que o prazo de cinco anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inclusive as decisões deste Conselho de Contribuintes citados pela Defesa, foram reformadas em relação a esta discussão, conforme Acórdãos n°s 4.769/17/CE, 4.767/17/CE, 4.768/17/CE e 4.766/17/CE.

Portanto, da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2012, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/13, findando-se em 01/01/18. Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 30/03/17 e que a Autuada foi intimada em 10/04/17 (AR fls. 406), e os Coobrigados Acir Pereira Fajardo, dia 07/04/17 (AR fls. 404), Denis Rossine Ferreira, em 25/04/17 (AR fls. 406) e Denis Rossi de Ferreira, por edital no Minas Gerais de 10/05/17 (fls. 126), verifica-se que não ocorreu a decadência do direito de a Fiscalização formalizar o crédito tributário ora em exame.

Quanto ao mérito propriamente dito, cabe inicialmente ressaltar, que a Fiscalização auditou a empresa com base nos documentos, livros e lançamentos efetuados e informados ao erário pela própria empresa, mediante arquivos eletrônicos transmitidos mensalmente, bem como em documentos fiscais não levados a registro nos livros apropriados.

A Defesa alega que o procedimento que apura saídas desacobertadas através de levantamento quantitativo de mercadorias trata-se de presunção, que a cobrança do tributo fundada em mera suposição é despida de razoabilidade e de legitimidade. Argui caber à Fiscalização, encontrando indícios, provar a ocorrência do fato gerador, demonstrando a efetiva circulação de mercadorias, o que no caso em tela, não ocorreu. Afirma que o Fisco limitou-se a tributar com base em presunção de saídas desacobertadas sem contudo apresentar provas a lastrear as acusações fiscais.

Importa comentar que a apuração efetuada por meio do levantamento quantitativo não se trata de presunção, como quer fazer crer a Impugnante, mas sim de apuração por meio de uma operação matemática, cujo resultado é inquestionável, representando exatamente toda a movimentação das mercadorias no estoque existente ao final de cada período, até porque os valores utilizados no levantamento foram extraídos das declarações e movimentações da própria Contribuinte.

Ademais, de acordo com a doutrina e jurisprudência, a presunção no direito tributário é perfeitamente acolhida, conforme fundamentação posta no Acórdão n° 202-16.146, do 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que ora se reproduz:

ACRESCENTEM-SE, AINDA, AS PALAVRAS DE ANTÔNIO DA SILVA CABRAL IN 'PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL', EDITORA SARAIVA, SÃO PAULO, 1993, PÁGINA 311:

8. VALOR DA PROVA INDIRETA. EM DIREITO FISCAL CONTA MUITO A CHAMADA PROVA INDIRETA. CONFORME CONSTA DO AC. CSRF/01-0.004, DE 26-10-1979, 'A PROVA INDIRETA É FEITA A PARTIR DE INDÍCIOS QUE SE TRANSFORMAM EM PRESUNÇÕES. CONSTITUI O RESULTADO DE UM PROCESSO LÓGICO, EM CUJA BASE ESTÁ UM FATO CONHECIDO (INDÍCIO), PROVA QUE PROVOCA ATIVIDADE MENTAL, EM PERSECUÇÃO DO FATO CONHECIDO, O QUAL SERÁ CAUSA OU EFEITO DAQUELE. O RESULTADO DESSE RACIOCÍNIO, QUANDO POSITIVO, CONSTITUI A PRESUNÇÃO. O FISCO SE UTILIZA DA PROVA INDIRETA,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MEDIANTE INDÍCIOS E PRESUNÇÕES, SOBRETUDO PARA DESCOBRIR OMISSÕES DE RENDIMENTOS OU DE RECEITAS.

(...)

Considera-se, então, como plenamente aceitável em Direito Tributário o uso da prova indireta, ou seja, o indício e a presunção, especialmente nos casos de supressão de tributos.

Caso entenda que no presente caso existe a figura da presunção, deve-se considerar que se trata de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova deve ser produzida pela Impugnante. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, no caso dos autos, a existência de saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, apurada por meio de Levantamento Quantitativo.

Poderia a Defesa ilidir a acusação fiscal, anexando aos autos prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea. Como assim não agiu, aplica-se o disposto no art. 136 do RPTA, *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 desacoberta de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Contudo, não é este o caso dos autos.

Para apuração das saídas desacobertas, o Fisco realizou o Levantamento Quantitativo, conforme demonstrado nos autos, com base nas informações fornecidas pela própria Contribuinte e em documentos colhidos pela Fiscalização nos fornecedores.

Registra-se, como já exposto, que o levantamento quantitativo é um procedimento idôneo para se apurar as operações realizadas pela Contribuinte, com previsão regulamentar, conforme art. 194, inciso II, do RICMS/02, a seguir transcrito:

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;

(...)

Utilizando-se da fórmula “Estoque Inicial + Entradas – Saídas = Estoque Final”, o Fisco apurou Estoque Final divergente (maior) daquele declarado pela Contribuinte no SPED, o que caracterizou saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal.

Consiste tal roteiro em uma simples operação matemática de soma e subtração, em que o resultado é inquestionável, representando exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente.

Cabe a Impugnante, de forma específica, apresentar as eventuais diferenças e/ou erros que entenda haver no levantamento para que o Fisco, caso os acate, promova as devidas correções, o que pode ser verificado nos autos mediante a reformulação do crédito tributário levada a efeito pela Fiscalização às fls. 544/547.

Denota-se do procedimento fiscal, o saneamento processual com fulcro nas alegações trazidas pela Defesa, numa clara demonstração do acatamento ao contraditório, na medida da acolhida das contrarrazões apresentadas na peça de defesa, com a efetiva diminuição do crédito tributário originalmente constituído.

Ressalta-se ainda, as várias intimações fiscais e intervenções, tanto da Assessoria do Conselho de Contribuintes, como da 3ª Câmara, no intuito da busca da verdade material indispensável à elucidação dos fatos narrados nos autos. Medidas estas que culminaram na diminuição do crédito tributário acima referido.

Não se incumbiu a Defesa em apontar no levantamento outras divergências em relação aos produtos, fossem elas por erro de classificação, quantidades informadas nos documentos fiscais e/ou estoques (inicial e final), uma vez franqueado o levantamento com base nas suas informações e por período, ou seja, com volumes dos estoques fornecidos pela própria Autuada ao término de cada exercício envolvido.

Ainda não merece acolhida, as alegações de desconhecimento dos documentos fiscais relacionados às fls. 532/533. Trata-se de notas fiscais, ou da própria empresa ou de empresas com as quais a Autuada mantinha relação comercial constante, tanto assim, que os reconheceu num momento anterior, conforme documento de fls. 453.

Noutra vertente de defesa, a Impugnante aduz erro na tributação das mercadorias desacobertadas, uma vez não demonstrado nenhum indício de saída interestadual, e que o produto autuado, feijão, comercializado dentro do estado encontra-se unguído pela isenção do ICMS.

Com relação a este fato, assim se manifesta a Fiscalização nos autos:

A isenção disciplinada no item 191 do Anexo I do RICMS/02 só é aplicável se o feijão for vendido no mercado interno. E de acordo com o artigo 111 do CTN interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção. Assim, e conforme já explanado à folha 08 do PTA, não é possível considerar que as saídas desacobertadas de nota fiscal ocorreram internamente e, portanto, ao abrigo da isenção.

Ainda assevera o Fisco, que no levantamento das quantidades de saídas com documento fiscal do produto autuado, 76,37 % (setenta e seis inteiros e trinta e sete centésimos por cento) das vendas da Impugnante são destinadas às outras unidades da Federação.

Como visto, tanto pelas particularidades para o enquadramento da isenção, quanto pela relevância na comercialização interestadual, não há nos autos como precisar o destino real dado às mercadorias desacobertadas apuradas no levantamento quantitativo.

E sendo assim, corretamente agiu a Fiscalização em atribuir a irregularidade ao mercado de maior interesse financeiro. Primeiro, por injustificável e ilógica a ausência da emissão de documento fiscal para a venda de mercadorias não tributadas (isenção mercado interno) em detrimento daquela com um custo financeiro maior (interestadual tributada). Segundo, pela teoria da causa e efeito, quando não se deve admitir que a torpeza do sujeito passivo na operação gere lucro em seu benefício, com redução da autuação a um crédito tributário adstrito somente à multa isolada pelo descumprimento da obrigação acessória. E, terceiro, que poderia e caberia à Autuada demonstrar de forma inequívoca os reais destinatários das mercadorias desacobertas.

Diante do exposto, corretas as exigências de ICMS sobre as saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas pelo Fisco.

Corretas, também, a Multa de Revalidação aplicada com fulcro no art. 56, inciso II e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

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;

(...)

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.

(...)

Há de se destacar, que a Fiscalização ao efetuar a reformulação do crédito tributário às fls. 544/547, promove, quanto à Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, a adequação a duas vezes o valor do imposto incidente nas operações objeto da autuação, com fulcro no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, considerando a redação dada ao inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, por meio dos arts. 19 e art. 93, ambos da Lei nº 22.796, de 28/12/17.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 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, CONCLUI 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.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

Da Sujeição Passiva/Coobrigados

Do Proprietário/administrador da empresa Eireli

Foi incluído no polo passivo o empresário proprietário e responsável pela administração da empresa (Eireli), Sr. Acir Pereira Fajardo, conforme registrado na JUCEMG (doc. fls. 41/52).

Cumpre destacar, que os fundamentos da empresa individual de responsabilidade limitada são estabelecidos no Código Civil, no art. 980-A, *in verbis*:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

(...)

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

(...)

Nesse caso, o empresário tem conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as vendas de mercadorias descobertas de documentação fiscal, tem como finalidade suprimir o tributo devido.

Lei nº 6.763/75:

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.

(...)

CTN:

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.

(...)

Desse modo, responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o titular/proprietário da empresa Eireli, que efetivamente é quem administra os 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, no caso, que o administrador tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada, sendo certo que as saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Assim, resta claro e evidente a gestão fraudulenta do gestor da Autuada com intuito de lesar o erário mineiro.

Do Proprietário de Fato

A inclusão do Sr. Denis Rossine Ferreira ou Denis Rossi de Ferreira no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, está respaldada no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 c/c art. 21, § 2º, inciso II da mesma lei, por ser **proprietário de fato** do estabelecimento autuado.

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.

(...)

§ 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.

(...)

Ressalta-se, a título de esclarecimento, que a utilização de dois nomes assemelhados como coobrigados, Srs. Denis Rossine Ferreira e Denis Rossi de Ferreira, se deve à existência de dois documentos de identificação e cadastro como pessoa física para a mesma pessoa, conforme se constata mediante os documentos acostados às fls. 94 e 99 dos autos.

A qualificação do Sr. Denis Rossine Ferreira como **proprietário de fato** do estabelecimento autuado foi assim abordada na manifestação fiscal:

No Termo de Acordo com Confissão de Dívida, folha 393, o Estado firmou um acordo de quitação de débitos tributários, de auto de infração, das empresas Bethel Indústria

Comércio de Alimentos, IE 186.133.52.00-69 e Cerealista João de Barro, IE 001.671.938.00-87. O senhor Denis Rossine Ferreira é sócio administrador da empresa Bethel. No acordo aparece a empresa Puro Doce, ora impugnante, como anuente, sendo autorizado a utilização dos valores bloqueados em sua conta bancária, para pagamento dos autos de infração das empresas acima descritas. Este fato ajuda a demonstrar a relação das empresas Puro Doce e Cerealista João de Barro com o senhor Denis. Pelo que está no contrato social não há sócios em comum nestas empresas, como se pode verificar nas telas abaixo, embora perceba-se uma possível ligação entre os sócios da Cerealista João de Barro e a Bethel.

(...)

O acordo realizado entre o Estado, com a participação da SEF/MG e do Ministério Público, e os contribuintes foi referente ao pagamento de dois autos de infração: PTA 01.000165914-27 (saída desacobertada de documento fiscal) e PTA 01.000211553-20 (aproveitamento indevido de notas fiscais declaradas ideologicamente falsas), tendo ambos ensejado auto de notícia crime, pois as infringências encontradas são consideradas crime contra a ordem tributária. Então, através do pagamento extingue-se a punibilidade dos crimes tributários. Este acordo não inviabiliza a realização de auditoria nas empresas envolvidas e nem o lançamento de autos de infração em razão de novas irregularidades porventura apuradas.

A Impugnante cita que as provas que embasam o auto foram obtidas de forma ilícita pelo Ministério Público do Estado e por este motivo devem ser retiradas do processo. As provas a que a Impugnante se refere foram apenas para vincular o senhor Denis na autuação. Não cabe à Fiscalização julgar a legalidade de provas. Destacamos que o pedido de busca e apreensão contou com os elementos essenciais ao mandado (art. 243 do CPP) como o local onde se dará a diligência, nome do proprietário, os fins da diligência (art. 240, §1º, do CPP). Além do mais, as provas que embasam este auto foram obtidas através de busca e apreensão realizada em cumprimento a mandados judiciais expedidos pelo MM. Juiz de direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Contagem, Dr. Leonardo Lima Público, efetivadas nas dependências dos estabelecimentos. Devemos considerar que o trabalho da Fiscalização é vinculado, de acordo com o artigo 142 do CTN, sendo dever de ofício da Autoridade Administrativa a aplicação estrita da legislação tributária. Desta maneira, está correta a inclusão de Denis Rossine Ferreira como sujeito passivo neste auto de infração, pois foi comprovado que o mesmo exerce efetivamente o controle da empresa, apesar de oficialmente não constar do quadro societário. Não houve pronunciamento em relação ao segundo CPF do senhor Denis Rossine Ferreira. Desta maneira, deve continuar também no polo passivo da autuação.

Portanto, como visto, trata-se de uma rede de estabelecimentos comerciais vinculados e controlados pelo Sr. Denis com a participação de terceiros na figura do popularmente conhecidos como “laranjas”. Esta organização foi desbaratada mediante ação conjunta com o Ministério Público e as peças a ela vinculadas servem de suporte para a identificação do real proprietário da empresa autuada.

Conforme discriminado no relatório de fls. 8/14 e gravado com código de autenticidade em mídia “CD” às fls. 114, existem nos documentos apreendidos nas empresas e residências vistoriadas na operação conjunta acima mencionada, “Operação Ampla”, comprovação suficiente de vínculo do Sr. Denis como proprietário da Autuada, bem como de outras empresas interligadas como um grupo empresarial com mesmas finalidades.

A situação cadastral irreal na titularidade da Autuada é esclarecida nos autos e comprovada nos documentos de fls. 84/112, contendo em síntese:

- a) Planilha discriminando valores repassados ao dito titular da empresa, Sr. Acir, a título de retirada anual, com autorização do Sr. Denis;
- b) O mesmo documento acima enumerado, relaciona “*pgto prestação 16/48 Hilux nova Denis em nome da Puro Doce*”;
- c) Outro demonstrativo, com o título “Controle c/c Bradesco Puro Doce”, discrimina o pagamento do cartão de crédito do Sr. Denis em 30/01/2012;
- d) Acerto de contas de setembro de 2012, em papel timbrado da empresa, constando retirado para o Sr. Denis;
- e) Cobrança em acerto de contas com clientes, em papel timbrado da empresa, subscrito pelo Sr. Denis na data de 06/02/13;
- f) Contrato de compra, de 29/05/13, também em papel timbrado da empresa e subscrito pelo Sr. Denis;
- g) Acerto de gastos da empresa do mês de novembro de 2013, com identificação de “*Retirada de Socio (vale Denis)*” (sic);

Verifica-se, portanto, que as provas dos autos conduzem à certificação de que a empresa autuada tem como proprietário o Sr. Denis Rossine Ferreira ou Denis Rossi de Ferreira, apesar do mesmo utilizar-se do expediente de transferi-la para o nome de “laranja” e/ou “testa-de-ferro”.

Assim, como já afirmado, corretamente agiu o Fisco ao incluir o Sr. Denis Rossine Ferreira ou Denis Rossi de Ferreira no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, com fulcro no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 c/c art. 21, § 2º, inciso II da mesma lei, por ser **proprietário de fato** do estabelecimento autuado.

Portanto, restou caracterizada a infringência à legislação tributária e demonstrados os valores a serem exigidos, com a correta formalização do crédito tributário e não tendo os Impugnantes apresentado prova capaz de elidir o feito fiscal legítimo é o lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. 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, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 544/547. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Erick de Paula Carmo (Revisor), Cindy Andrade Morais e Lilian Cláudia de Souza.

Sala das Sessões, 03 de abril de 2019.

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Relator