

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.336/11/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168306-85
Impugnação: 40.010128972-81
Impugnante: Helcio Ragazzi & Cia Ltda
IE: 186085430.00-34
Proc. S. Passivo: Felipe Araújo Aguiar/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CONTA CAIXA/RECURSOS NÃO COMPROVADOS - RECEITAS OPERACIONAIS E EMPRÉSTIMOS DE SÓCIOS. Constatado o ingresso de recursos na Conta “Caixa” sem comprovação de origem, autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 194, § 3º, Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada capitulada na alínea "a", inciso II, art. 55, majorada nos termos do art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, deve ser aplicada a carga tributária média conforme critério adotado em laudo pericial contábil apresentado pelo Contribuinte.

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - MERCADORIA DIVERSA. Recolhimento a menor de ICMS mediante a utilização indevida de alíquota proporcional, ao invés de alíquota média, em demonstrativo de cálculo de autodenúncia. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75. Entretanto, cancelam-se as exigências fiscais uma vez que estão corretos os cálculos apresentados pelo Autuado.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2005 a julho de 2005, presunção legal prevista no art. 49, § 1º e 2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º, Parte Geral do RICMS/02, em face da existência de recursos não comprovados na conta “Outras Receitas Operacionais” e “Empréstimos de Sócios”, bem como sobre recolhimento a menor de ICMS devido a utilização indevida de alíquota proporcional, ao invés de alíquota média em demonstrativo de cálculo de autodenúncia no período de agosto de 2005 a dezembro de 2009.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, II e Multa Isolada capitulada no art. 55, II, “a”, majorada nos termos do art. 53, § 7º, todos da Lei nº. 6.763/75.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 255/282, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 308/320.

DECISÃO

Das Preliminares

Da Arguição de Nulidade do Lançamento

A empresa autuada argui a nulidade do Auto de Infração uma vez que este, segundo seu entendimento, não demonstra especificamente qual a infringência que teria levado à sua lavratura e que não haveria descrição de “quais as supostas operações de saídas de mercadorias em relação às quais não teriam sido emitidos os respectivos documentos fiscais”.

No entanto, ao contrário de sua afirmação, o lançamento em apreço foi efetuado com todas as formalidades exigidas pela legislação, contendo a descrição clara e precisa da irregularidade apurada e indicação expressa dos dispositivos legais infringidos e dos que cominam as penalidades aplicadas.

Conforme se pode verificar no Auto de Infração, reiterando, as infringências à legislação encontram-se corretamente tipificadas, não assistindo razão a afirmação de que a peça fiscal fora lavrada sem a correspondente vinculação à lei a que está atrelada.

Não há que se falar, portanto, em nulidade ou em vícios formais do lançamento em apreço, pois o que deve ser analisado é se a Impugnante trouxe aos autos provas concretas contrárias à acusação que lhe foi imputada.

Outrossim, o Impugnante compreendeu a acusação fiscal completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda minuciosamente todos os aspectos relacionados com as operações objeto da autuação.

Tem-se, ainda, que as irregularidades foram constatadas por meio de análise da documentação comercial e fiscal e termo de autodenúncia.

Não se verifica, portanto, a alegada nulidade do Auto de Infração.

Do Pedido de Perícia

A empresa autuada requer a realização de prova pericial, apresentando para tanto os quesitos arrolados à fls. 280.

Entretanto, a perícia solicitada se mostra desnecessária uma vez que as respostas aos quesitos apresentados não requerem prova técnica, mesmo porque as questões levantadas já se encontram suficientemente esclarecidas nos autos.

Além do mais, o que o Impugnante pretende ver provado confunde-se com o próprio mérito do lançamento, ou seja, se os ingressos nas contas bancárias do Autuado e, não lançados na contabilidade, são provenientes de sua atividade empresarial. Sendo assim, indefere-se o pedido de realização da prova pericial, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA/MG, que se transcreve:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;
- b) de realização impraticável;
- c) considerado meramente protelatório.

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 dispondo 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.

No entanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, decisão já proferida abordando a questão anteriormente:

"SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO" (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG)

Não bastassem todos estes fundamentos tem-se no caso em tela, que os quesitos apresentados pelo Impugnante poderiam ter sido por ele próprio respondidos, uma vez que todos os documentos que subsidiaram a elaboração dos demonstrativos que requer o refazimento são de sua própria autoria.

Ademais, cumpre aqui destacar que o processo foi objeto de providências por meios das quais já foi concedida oportunidade ao Impugnante para trazer aos autos todos os elementos que entendia suficientes para o deslinde da questão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Deste modo, é desnecessária a produção de prova pericial, que 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.

Portanto, o pedido requerido não se revela pertinente para o desate da demanda, eis que a prova pericial é suprível por outras provas produzidas nos autos sob exame capazes de dirimir as dúvidas existentes, sem causar nenhum tipo de prejuízo ao Impugnante.

Do Mérito

Versa o feito em questão sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2005 a julho de 2005, presunção legal prevista no art. 49, § 1º e 2º da Lei nº 6763/75 c/c o art. 194, § 3º, Parte Geral do RICMS/02, em face da existência de recursos não comprovados na conta “Outras Receitas Operacionais” e “Empréstimos de Sócios”, bem como sobre recolhimento a menor de ICMS devido a utilização indevida de alíquota proporcional, ao invés de alíquota média em demonstrativo de cálculo de autodenúncia do período de agosto a dezembro de 2009.

Numa primeira vertente, pleiteia o Impugnante que seja considerado decaído o direito de a Fazenda Pública Estadual de lançar com fundamento no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

No entanto, tal dispositivo se refere à homologação tácita dos valores recolhidos pelo contribuinte por ocasião do lançamento por ele realizado, e não aos valores sonegados, que ficam submetidos ao lançamento de ofício, o qual encontra regra própria de decadência no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

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

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

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1.0024.05.692077-0/001(1); **RELATORA** DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar a exigência sobre serviço preparatório de comunicação não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim, em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

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

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

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

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

Em decisão recente (19/10/10), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG
RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO: SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

AGRAVADO: ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR: GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR MINISTRO RELATOR)."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

OS SRS. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.

BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO)

Assim sendo, a regra notória a ser aplicada ao caso vertente é a do art. 173, inciso I do CTN, pelo que, improcedente a decadência arguida pelo Impugnante.

Quanto ao mérito propriamente dito, para averiguar as operações realizadas pelo Autuado, o Fisco utilizou-se de procedimento tecnicamente idôneo legalmente previsto.

Em resposta aos Termos de Intimação o Autuado apresentou denúncia espontânea do período de agosto de 2005 a dezembro de 2009.

Porém, como não houve a comprovação da origem de recursos, o Fisco lançou mão da presunção legal prevista no art. 49, § 1º e 2º da Lei Estadual nº 6.763/75:

Lei Estadual nº 6.763/75

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à 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.

Não comprovadas a origem e a efetividade da entrega do numerário à empresa, como no caso em análise, presumem-se que tais recursos se originaram em receitas omitidas e mantidas à margem da contabilidade.

É inegável que a questão posta nos presentes autos trata-se de uma presunção. Entretanto, esta presunção não é absoluta e pode ser refutada por provas pelo Impugnante.

Cumprir destacar que é admissível o uso de presunções, como meios indiretos de prova que são, na impossibilidade de se apurar concretamente o crédito tributário, quando há fortes indícios, vestígios e indicações claras da ocorrência do fato gerador sem o pagamento do tributo devido.

A presunção é uma ilação que se tira de um fato conhecido para se provar, no campo do Direito Tributário, a ocorrência da situação que se caracteriza como fato gerador do tributo. E está fundamentada no art. 194 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02, *in verbis*:

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

(...)

§ 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 desacobertas de documento fiscal.

Pela análise do dispositivo acima transcrito percebe-se que o mesmo contém hipóteses para aplicação da presunção legal nele ditada, dentre elas, quando a escrituração – mantida pelo contribuinte – indicar a existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente.

É exatamente esta a hipótese dos autos.

Note-se que a utilização de presunção não fere o princípio da estrita legalidade ou da tipicidade cerrada, pois não há alargamento da hipótese de incidência do tributo, tão pouco aumento da base de cálculo.

Importante também destacar que a utilização de presunção pelo Fisco não inibe a apresentação de provas por parte do contribuinte em sentido contrário ao fato presumido. Antes pelo contrário, faz crescer a necessidade de apresentação de tal prova a fim de refutar a presunção do Fisco.

Sobre a questão a Doutora Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, em seu livro "Processo Administrativo Tributário", assim se manifesta:

"QUANDO A LEI ESTABELECE A PRESUNÇÃO PARA ABRANGER PELA TRIBUTAÇÃO CERTAS REALIDADES ECONÔMICAS, O CONTRIBUINTE DEVE PROVAR QUE O ATO QUE PRATICOU SE ENCONTRA FORA DA PREVISÃO LEGAL.

NESSOS CASOS É A LEI QUE DISPENSA A ADMINISTRAÇÃO FISCAL DA PROVA DIRETA DE CERTOS FATOS – O QUE PERMITE CONCLUIR QUE OS JULGADORES, ENTÃO, NÃO PODEM DEIXAR DE APLICAR TAIS NORMAS, ATÉ PROVA EM CONTRÁRIO DO CONTRIBUINTE."

Assim, poderia o Impugnante ilidir a acusação fiscal, anexando aos autos, a prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, de que os valores lançados na conta "Outras Receitas Operacionais" se referiam às vendas de mercadorias regularmente realizadas e declaradas ao Fisco ou oriundos de outras receitas da empresa não tributáveis pelo ICMS, mas tal prova não foi produzida pela empresa.

O ônus da prova é, portanto, do Impugnante.

Importante destacar-se a regra contida no art. 136 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA/MG, que assim estabelece:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscal e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Não procede, porém, o argumento do Fisco, e conseqüentemente o feito fiscal, na parte afeta à adoção da alíquota que norteia o Auto de Infração.

Ora, a sustentação do Fisco para este critério contido no AI é o de que estaria havendo a inversão do ônus da prova se se efetuasse o pleito do Contribuinte na adoção de uma alíquota média e não de 18% como feito no trabalho fiscal para todas as operações e em todos os meses.

Com efeito, tem-se, contrariamente ao pensamento do Fisco, que a regra correta é a sugerida pelo Contribuinte e constante do laudo de fls. 13/19, pois é fato incontroverso nos autos também que o Contribuinte pratica operações afetas à substituição tributária, operações isentas e não tributadas.

Assim sendo, a alíquota a ser utilizada no referido cálculo será o resultado da divisão do ICMS efetivamente devido sobre o total das saídas, de cada mês. Este foi o critério da Autodenúncia quando apresentada.

Oportuno salientar que o fundamento para a validade desta fórmula dá-se pelo fato de que o valor das receitas não tributadas anteriormente tem o mesmo comportamento das vendas já tributadas. Assim, o critério do Fisco em utilizar a alíquota proporcional de ICMS com fulcro apenas na base de cálculo deste tributo redundava em distorções patentes.

Se algo há que ser presumido aqui, e esta presunção já trilha em favor do contribuinte, é a de que as saídas sem tributação deram-se pela mesma regra e comportamento das saídas tributadas.

Assim, deverá prevalecer, em parte, o feito fiscal adotando-se, no entanto, para todo o período autuado, o critério de adoção de alíquota proporcional (carga tributária) feito no laudo pericial constante de fls. 13/19 dos autos, qual seja, imposto debitado dividido pelo valor contábil e não imposto debitado dividido pela base de cálculo, como feito pelo Fisco às fls. 249/254.

Porquanto, mantém-se as exigências relativas à irregularidade do item 1 do Auto de Infração, adotando-se, no entanto, reiterando, o critério de carga tributária feitos no laudo pericial e, exclui-se as exigências relativas a irregularidade do item 2 do Auto de Infração tendo em vista estar correto os cálculos apresentados na autodenúncia.

Correta a multa isolada aplicada uma vez que, para os casos de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscal, dispõe o inciso II do art. 55, "a" da Lei nº 6.763/75 a seguinte penalidade:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

Insta salientar, relativamente à reincidência, que está correta a majoração da multa isolada já que às fls. 325 dos autos está consignado que a Impugnante por duas outras oportunidades foi autuada pelo mesmo motivo e na mesma tipificação configurando, portanto, a reincidência conforme a legislação tributária mineira prevê, *in verbis*:

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

(...)

§7º. A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

(...)

Não se verifica aqui a arguição de confisco na atual cobrança, porquanto o presente Auto de Infração foi lavrado observando o estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais encontra-se o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Finalmente, para as questões de cunho constitucional levantadas pelo Autuado registre-se que não se incluem na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, nos termos do art. 110 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

No tocante à utilização da Taxa Selic para atualização das exigências, tal regra decorre de mandamento contido na lei mineira, nos termos do art. 226 da Lei nº 6.763/75:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que a matéria vem sendo apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça e sendo confirmada a possibilidade de utilização da referida taxa, quando previsto no ordenamento tributário do Estado, como ocorre no presente caso.

Recentemente, a primeira sessão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de Recursos Especiais Repetitivos pacificou entendimento de que é legítima a aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários estaduais pagos em atraso em virtude da lei permissiva, do Estado de Minas Gerais, que determina a aplicação aos tributos estaduais os mesmos fatores de correção utilizados pela legislação federal. A decisão acolheu Recurso Especial (REsp nº 879.844) interposto pela AGE -Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para aplicar a carga tributária média, conforme critério adotado às fls. 13/19 dos autos. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Joana Maria de Oliveira Guimarães e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Danilo Vilela Prado (Revisor) e Alberto Ursini Nascimento.

Sala das Sessões, 24 de maio de 2011.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

Acr/ml