

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.297/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000167142-86
Impugnação: 40.010128542-98
Impugnante: Santana Produtos Siderúrgicos Ltda
IE: 277030244.00-48
Proc. S. Passivo: Rômulo Damasceno Naves
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatção fiscal de recolhimento a menor de ICMS normal e ICMS/ST, referente a entradas, estoques e saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal, apurado através de levantamento quantitativo financeiro diário. Exigência de ICMS normal e ICMS/ST, multa de revalidação simples e em dobro, e, Multa Isolada capitulada no art. 55, II da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a imputação fiscal de recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/05 a 31/12/05, referente a entradas, estoques e saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal, apurado por meio de levantamento quantitativo financeiro diário (LEQFID).

Exigências de ICMS normal e ICMS/ST, Multa de Revalidação simples e em dobro, e, Multa Isolada, capituladas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II c/c § 2º inciso I e 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 58 a 78, em síntese, aos argumentos seguintes:

- em preliminar, alega a nulidade do Auto de Infração, invocando o princípio do *non bis in idem*, em decorrência da existência de autuação anterior comutando a mesma infração e a mesma penalidade e divergindo apenas quanto à forma de apuração do imposto;

- ainda preliminarmente, invoca o art. 4º do Código de Defesa do Contribuinte, instituído pela Lei 13.515/00, que exige, por parte da Administração Pública, a observância ao princípio da capacidade contributiva e da vedação ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

confisco, alegando que as penalidades aplicadas pela fiscalização ultrapassam, em muito, o limite do razoável;

- requer a aplicação do instituto da decadência nos lançamentos do período de 01/01/05 a 29/03/05, visto que a apuração fiscal teve início em 30/03/10;

- alega a inexatidão das apurações realizadas por meio de levantamento quantitativo financeiro diário, uma vez que a Fiscalização considerou tão somente os arquivos informados pelo SINTEGRA, não fazendo qualquer menção à análise das notas fiscais de saída propriamente ditas, o que resultou na consideração de estoque inicial de mercadorias zerado;

- sustenta que, considerando as notas fiscais de saída, as operações entre estoque, entrada e saída do período estiveram completamente acobertadas, entendendo, ainda, que o correto seria o requerimento do inventário ano base 2004, o que, por lei, já se encontrava a Autuada desobrigada de apresentar, considerando o prazo decadencial;

- requer a determinação de perícia técnica para realizar a conferência dos lançamentos efetuados, mediante o confronto entre os arquivos SINTEGRA/LEQFID e as notas fiscais de saída, apresentando quesito único: “a confrontação dos dados concorre para subsistência ou insubsistência do Auto de Infração gerado?”;

- alega inconformidade na aplicação da penalidade, uma vez que deveria ter sido autuada pela inexatidão dos arquivos eletrônicos apresentados após intimação da Fiscalização ou pela falta de entrega a tempo e modo determinado na intimação, invocando o princípio da legalidade;

- requer a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em relação aos valores das multas aplicadas, alegando que apenas deixou de cumprir uma obrigação acessória, não obtendo nenhuma vantagem pecuniária, nem causando prejuízos ao Estado;

- invoca o princípio do não confisco, citando o art. 150 da Constituição da República, uma vez que alega não possuir capacidade econômica para suportar tamanha punição, sem prejuízo imediato de sua atividade;

- invoca a aplicação do art. 213 do RICMS/02, afirmando enquadrar-se nos critérios exigidos pela legislação para gozo do benefício de redução da penalidade, ou sua completa extinção, solicitando, assim, a aplicação do permissivo legal ora suscitado.

Ao final, requer seja julgado totalmente improcedente o lançamento.

Da Instrução Processual

O Fisco se manifesta às fls. 133 e 134, acatando parcialmente os argumentos da Impugnante, de forma a classificar corretamente o regime de tributação dos produtos SERRA STARRET 1218 VERMELHA, TELHA ALUMÍNIO E TELHA GALVANIZADA, corrigir o estoque final do produto de código 003140 e o cálculo do ICMS/ST a ser exigido nas entradas de estoques desacobertados, considerando a MVA prevista para cada produto.

Os novos cálculos foram demonstrados às fls. 135 e 137 a 148.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nos termos do art. 120, inciso II, § 2º do RPTA, é concedida vista dos autos à Impugnante conforme comprova o documento de fl. 150.

No entanto, apesar de devidamente intimada, a Impugnante não se manifesta.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco novamente se manifesta às fls. 157 a 168, resumidamente aos seguintes fundamentos:

- alega que, não obstante existir outro Auto de Infração contendo a mesma infringência e a mesma penalidade do presente, versam as autuações sobre produtos diversos, referindo-se a anterior a vergalhões para construção civil e esta a mercadorias outras;

- nega a alegação de decadência do crédito tributário do período de 01/01/05 a 29/03/05, com base no art. 173, I do CTN, por tratar-se de hipótese de lançamento de ofício, uma vez que o imposto não foi pago integralmente, iniciando-se a contagem do prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser realizado;

- confirma a exatidão das apurações, visto que baseadas em procedimentos tecnicamente idôneos, citando previsão do art. 194, I e II do RICMS/02;

- alega que a Autuada não apresentou nenhum documento que não tenha sido informado no arquivo eletrônico, que, por sua vez, foi transmitido pela própria;

- informa que considerou os estoques iniciais zerados porque intimou a Autuada por diversas vezes a apresentar o estoque em 31/12/04, mas esta não atendeu nenhuma das intimações;

- rechaça o pedido de perícia técnica por considerá-lo como procedimento desnecessário e meramente protelatório;

- informa que não se constatou qualquer diferença entre os arquivos eletrônicos retransmitidos pela Autuada após saneamento e os livros fiscais que retratam a movimentação do período, razão de não caber a autuação por entrega de arquivos em desacordo com a legislação e, de se utiliza-los para a realização do levantamento quantitativo;

- rechaça o argumento da Autuada de desrespeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco.

Ao final, pugna pela procedência do lançamento, conforme reformulação efetuada às fls. 133 e 134.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual formaliza a exigência do ICMS normal e ICMS/ST pagos a menor, no período de 01/01/05 a 31/12/05, referente a entradas, estoques e saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal,

apurado por meio de levantamento quantitativo financeiro diário, além de Multa de Revalidação simples e em dobro e Multa Isolada, capituladas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Preliminar

Inicialmente cumpre esclarecer que a Impugnante argui como preliminar a aplicação do disposto no inciso XIV do art. 4º da Lei n.º 13.515/00 em relação à multa exigida. Contudo, tal questão constitui-se matéria de mérito e será assim analisada juntamente com os demais questionamentos em relação às multas aplicadas.

Do Pedido de Perícia

A Impugnante formula pedido de perícia e apresenta quesito único às fls. 65 e 66.

Entretanto, é verificado que os documentos carreados aos autos tanto pelo Fisco como pela própria Impugnante em sua defesa revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Ademais, apesar de alegar divergência entre os arquivos eletrônicos por ela transmitidos e as notas fiscais de saída emitidas, a Impugnante não trouxe aos autos nenhum documento que comprovasse tal fato.

Portanto, nos termos do art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários e Administrativos (RPTA), indefere-se o pedido de perícia formulado, visto que desnecessária à elucidação da questão ora tratada.

Da Arguição de Nulidade

A Impugnante alega a nulidade do Auto de Infração, invocando o princípio do *non bis in idem*, em decorrência da existência de autuação anterior comutando a mesma infração e a mesma penalidade e divergindo apenas quanto à forma de apuração do imposto.

No entanto, o PTA citado, o de nº 01.000167147.74, foi objeto de apreciação por esta Câmara, em 20/05/11, quando se comprovou entrada, saída e manutenção em estoque de vergalhões de ferro desacobertados de documentação fiscal, enquanto a presente autuação, apesar de tratar da mesma infringência, no mesmo período, refere-se a mercadorias diversas, que não se confundem com as primeiras (grifou-se).

Dessa forma, resta incontroversa a independência das duas autuações e a inconsistência da declaração da Impugnante da ocorrência de *bis in idem*.

Do Mérito

Cumpre destacar que a Impugnante questiona a ocorrência de decadência.

Assim, antes mesmo de se verificar a imputação fiscal, cumpre analisar a alegação defensiva de que se operou a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 1º de janeiro a 29 de março de 2005, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional que assim determina:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Contudo, afasta-se a suposta violação ao retro transcrito art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, por se tratar aqui de lançamento de débito fiscal originário da cobrança decorrente do recolhimento a menor de ICMS.

O Fisco Estadual busca a cobrança do tributo relativa ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2005. O lançamento por homologação, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo contribuinte expressamente a homologa.

Na modalidade de lançamento por homologação, a apuração dos pressupostos fáticos, da base de cálculo e do pagamento da exação deverá ser efetuada pelo sujeito passivo, prévia, autônoma e independentemente de qualquer iniciativa do Fisco.

Nesta modalidade, o contribuinte, ou o responsável tributário, conforme o caso, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito tributário condicionada à futura homologação, expressa ou tácita, pela autoridade competente.

Outra hipótese, entretanto, é aquela em que o sujeito passivo não cumpre, ou cumpre de modo diverso do entendimento do Fisco, com suas obrigações. Assim ocorrendo, a atividade a ser praticada pelo Fisco não poderá ser caracterizada apenas como homologação, já que esta pressupõe a existência de providências adotadas pelo contribuinte passíveis de confirmação pela autoridade administrativa.

Afastando-se a hipótese de homologação e, por conseguinte, aplicando-se as disposições relativas ao lançamento de ofício, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário deve ser calculado com base no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional.

Portanto, verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao crédito tributário exigido pelo Fisco, oriundo dos fatos geradores ocorridos no citado período. Do exame do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conclui-se que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ocorre, nos termos ali ditados, a homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

Em relação ao ICMS que não foi declarado e/ou pago, é incabível o lançamento por homologação, mas o lançamento direto nos termos do art. 149, inciso V do Código Tributário Nacional.

Nesta hipótese, que é exatamente a constante dos autos, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O objeto da autuação lançada pelo Fisco pelo Auto de Infração ora analisado trata-se de um “Lançamento de Ofício”, pois não houve nenhuma participação da Defendente, sendo que as informações constantes na peça fiscal foram levantadas pelo Fisco, descaracterizando os lançamentos que se apresentavam divergentes.

Portanto, tratando-se de “Lançamento de Ofício”, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado pelo art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, que estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2011.

Tendo a Impugnante sido regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 18 de outubro de 2010 (fl. 03), claro está que a constituição do crédito tributário, particularmente ao de 1º de janeiro a 29 de março de 2005, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Diante do acima exposto, a arguição de decadência levantada pela Impugnante não deve prevalecer pelo que se passa a analisar as demais questões que permeiam os presentes autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verificando-se o mérito propriamente dito tem-se que para apuração das exigências o Fisco valeu-se do levantamento quantitativo financeiro diário e da análise de documentos fiscais da Impugnante.

Estes métodos são tecnicamente idôneos e se prestam para aferir as operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, conforme previsto no art. 194, Parte Geral do RICMS/02, aprovado pelo Decreto Estadual nº 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:

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

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

IV - levantamento quantitativo de mercadorias e valores (quantivalor);

V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;

VI - aplicação de índices técnicos de produtividade no processo de industrialização ou relacionados com a prestação de serviço;

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

VIII - auditoria fiscal de processo produtivo industrial;

IX - análise da pertinência do itinerário, distância e tempo extraídos da leitura de registrador instantâneo e inalterável de velocidade e tempo (tacógrafo), com a operação ou prestação de serviço constante do respectivo documento fiscal.

(...)

Ressalta-se que a utilização de métodos idôneos não afasta a possibilidade de a Impugnante apresentar provas que contradigam as conclusões a que chegou o Fisco. Contudo, não foi o que se deu nos presentes autos.

A Impugnante alega divergência entre os arquivos eletrônicos transmitidos e as notas fiscais de saída emitidas, mas não traz aos autos nenhum documento que comprove tal fato.

Nos mesmos termos, alega que deveria ter sido autuada por inexatidão dos arquivos SINTEGRA e não por movimentação de mercadorias desacobertas de documento fiscal. Contudo, tal alegação não pode prosperar.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não é dado ao julgamento administrativo escolher a forma de autuação, mas sim analisar o lançamento e verificar se a acusação feita pelo Fisco encontra-se materializada e comprovada nos autos.

Veja-se que o Fisco não acusou a Impugnante de transmissão de informações fiscais via arquivo eletrônico de forma incorreta. Não é esta a acusação constante do presente lançamento. Pelo contrário, no momento da autuação o Fisco não tinha qualquer indício que levasse à conclusão de que os arquivos conteriam informações incorretas.

Conforme relatado pelo Fisco à fl. 164 e comprovado pela Impugnante através de documentação anexada à sua defesa (fls.101, 102, 112 a 121), devido a erros inicialmente constatados nos arquivos eletrônicos transmitidos pela mesma, procedeu o Fisco à intimação para que estes fossem retransmitidos, o que foi acatado pela empresa.

Em relação à alegação da Impugnante de que o Fisco procedeu ao lançamento considerando zerado o estoque inicial de mercadorias, comprova-se, pela análise dos documentos anexados aos autos às fls. 10, 11e 12, que a empresa foi intimada por diversas vezes a prestar tais informações, mas não acatou nenhuma delas.

Dessa forma, não restou ao Fisco outra opção, uma vez que não possuía meios de obter tais informações, a não ser considerar zerado o estoque inicial e esperar que a Impugnante comprovasse, em sua defesa, a quantidade real de mercadorias em estocadas em 01/01/2005, sob pena de ver extinto seu crédito tributário pelo decurso do prazo decadencial.

No entanto, esse não foi o procedimento adotado pela Impugnante que, no momento de sua defesa, não anexou aos autos nenhum documento que comprovasse o estoque inicial de mercadorias como diferente de zero.

Em relação às multas aplicadas é importante registrar que a regra contida no inciso XIV do art. 4º da Lei n.º 13.515/00 – Código de Defesa do Contribuinte, foi plenamente atendida.

Não se verifica aqui a arguição de quebra dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na atual cobrança, porquanto o presente Auto de Infração foi lavrado observando o estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A multa aplicada é aquela disciplinada pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo e encontra-se regularmente capitulada no Auto de Infração (fls. 02 e 03).

Também não se sustentam as alegações da Impugnante sobre os efeitos confiscatórios da penalidade aplicada.

Não obstante o disposto no art. 110 do RPTA, retro transcrito, ressalta-se, por oportuno, que a vedação ao confisco, prevista na Constituição Federal, é dirigida ao legislador, cabendo à Autoridade Administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu. A penalidade aplicada mediante autorização expressamente contida na legislação tributária não se reveste das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco inserto na Constituição Federal.

Assim, ainda que aplicável o princípio do não confisco, considerando-o como extensivo à penalidade, não há que se falar em ofensa ao Código de Defesa do Contribuinte, visto que uma penalidade de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto não recolhido não ofende a capacidade contributiva do contribuinte, muito menos ser taxada de confiscatória.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restou plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítima a exigência constante do Auto de Infração em comento com a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

Por fim, pede a Impugnante o acionamento do permissivo legal constante do art. 213 do Regulamento do ICMS, que concede ao órgão julgador administrativo poder para reduzir ou cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória.

No entanto, estabelece o artigo supracitado hipóteses em que tal benefício não poderá ser concedido, dentre as quais, resultar da infração a falta de pagamento do tributo, conforme estabelecido em seu inciso III, transcrito a seguir:

Art. 213. A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que a decisão não tenha sido tomada pelo voto de qualidade e a situação não se enquadre nas seguintes hipóteses:

(...)

III - em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo;

Assim, com base no dispositivo legal supracitado, verifica-se a impossibilidade de acionamento do permissivo legal ao caso em tela, uma vez estar a infração atrelada à falta de pagamento do imposto que também é exigido no lançamento em apreciação.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 135. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento o Dr. Rômulo Damasceno Naves. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 09 de agosto de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora

Tábata Hollerbach Siqueira
Relatora

CC/MG