

Acórdão: 23.565/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001418975-61
Impugnação: 40.010149278-53, 40.010149279-34 (Coob.)
Impugnante: M4 Distribuidora e Importadora Ltda
IE: 003243138.00-25
Aline Arantes Nunes (Coob.)
CPF: 106.371.036-70
Proc. S. Passivo: Helton Pena de Carvalho/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – EIRELI - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) 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.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, a entrada de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02. O cancelamento extemporâneo da nota fiscal eletrônica no banco de dados da SEF/MG, após a ação fiscal e sem a comprovação inequívoca de que a operação não ocorreu, não elide a acusação fiscal. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS, referente a entradas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais (saídas sem estoque), no período de 04 de setembro a 16 de outubro de 2018, resultado do desmembramento efetuado no PTA nº 01.001348602-15.

As infrações foram apuradas por meio de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, procedimento tecnicamente idôneo, previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

Foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, a titular da Autuada à época, com fulcro 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 e Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 90/156, contra a qual a Fiscalização se manifesta às fls. 278/291.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

As Impugnantes requerem a declaração de nulidade do Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Afirmam a ausência dos requisitos essenciais para lavratura do AI, por ausência de descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado, em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, impedindo que as Impugnantes exercessem adequadamente sua defesa. Ademais, afirmam que a ausência de justificativa para a inclusão da segunda Impugnante como Coobrigada é causa de nulidade do AI.

Ademais, após a reformulação do lançamento, que ensejou o presente lançamento, alegam a ausência de reformulação do levantamento quantitativo financeiro diário do período referente à nova autuação, afirmando que, se o Auto de Infração foi segregado por período, também o levantamento quantitativo deveria ter sido.

Apontam que as quantidades de mercadorias desacobertas não estão identificadas por mês e dia, mas por todo o período levantado, portanto, não haveria sentido em se considerar no levantamento todo o período autuado, ressaltando que a ausência de juntada do novo LEQFID tornaria nulo o lançamento.

Entretanto, razão não assiste às Impugnantes, 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 Defesa 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 as Impugnantes discordarem da infringência que lhes é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a elas a comprovação de suas alegações.

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

Em conclusão, quanto à preliminar de nulidade, não se constata nos autos a procedência da alegação de ausência de descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado, pois o Auto de Infração se encontra devidamente fundamentado, claro e contempla todas as disposições regulamentares e elementos necessários e suficientes para que se determine a natureza das infrações, permitindo a ampla defesa.

Especialmente quanto ao pedido de nulidade pela não reformulação do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), não se vislumbra a necessidade de reformulação após a retificação do lançamento, pois os demonstrativos a ele referentes trazem, diariamente, a informação de cada ocorrência constatada. Isso possibilita ao contribuinte efetuar a conferência das exigências.

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

As Impugnantes pleiteiam 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, formulam os quesitos de fls. 137/138, tendo por base os seguintes questionamentos:

- a) Sr(a) Perito(a), o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário que deu origem ao presente Auto de Infração considerou as mercadorias constantes da NF de n. 10 (saída) emitidas pelas Impugnantes, no valor total de R\$ 1.720.897,08?
- b) Sr(a) Perito(a), a nota fiscal elencada no item (A) foi considerada para movimentação da Primeira Impugnante, constando por conseguinte do SPED fiscal da Primeira Impugnante?
- c) Sr(a) Perito(a), a nota fiscal elencada no item (A) foi considerada para movimentação da Primeira Impugnante, constando por conseguinte da Declaração de Apuração e Informação do ICMS DAPI da Primeira Impugnante referente ao período de 01/09/2018 a 20/09/2018?
- d) Sr(a) Perito(a), é possível afirmar que a primeira Impugnante deu entrada com o pedido de cancelamento da Nota Fiscal informada no item (A) acima?
- e) ao se retirar as mercadorias constantes da NF 10 informada no item A acima do Levantamento Quantitativo Diário há alteração na quantidade de entradas, saídas e estoques desacobertados e, por conseguinte, no valor final do Presente Auto de infração?

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

f) em caso de resposta positiva para o quesito constante da letra (E) acima, poderia o Sr(a) Perito(a) apresentar novos cálculos sem considerar as mercadorias constantes da nota fiscal de n. 10 referenciada no item (A) acima?

g) Sr(a) Perito(a), qual o valor de crédito de ICMS que a Primeira Impugnante teria direito, na hipótese de subsistência do Auto de Infração, relacionada ao ingresso das mercadorias consideradas neste Auto, mas não consideradas na escrita fiscal da Primeira Impugnante?

h) Sr(a) Perito(a), é possível afirmar, com base na leitura do SPED, que a Primeira Impugnante possui crédito de ICMS que pode ser compensado com o débito de ICMS do presente Auto de Infração?

i) Sr(a) Perito(a), é possível afirmar que consta do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário operação sujeita ao ICMS-ST, em que o ICMS foi recolhido e pago na operação anterior? Quais os produtos contidos no mencionado Levantamento estão sujeitos à substituição tributária em que o ICMS deve ser recolhido e pago na operação anterior?

j) Sr(a) Perito(a), é possível afirmar que inexistem no presente PTA Levantamento Quantitativo Financeiro Diário do período exclusivo e específico da lavratura do presente Auto, qual seja, início em 04/09/2018 e final em 16/10/2018?

Contudo, a análise da questão posta nos autos independe da diligência pericial pleiteada pela Contribuinte. Apenas os documentos juntados aos autos pela Fiscalização e pelas próprias Impugnantes são suficientes para a formação da convicção destes Julgadores.

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.

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 pelas próprias Impugnantes em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

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;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-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 falta de recolhimento do ICMS, referente a entradas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais (saídas sem estoque), no período de 04 de setembro a 16 de outubro de 2018, resultado do desmembramento efetuado no PTA nº 01.001348602-15.

As infrações foram apuradas por meio de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, procedimento tecnicamente idôneo, previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

No que tange ao mérito do lançamento, as Impugnantes alegam que o levantamento quantitativo estaria maculado, por constar duplamente mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 10, emitida em 04/09/18, que foi cancelada.

Assim, colacionam aos autos os documentos comprobatórios do cancelamento da referida nota fiscal e pedem que sejam excluídas do LEQFID as mercadorias lançadas na referida contabilização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reafirmam ainda a duplicidade dos produtos apurados no levantamento, pois ao incluir os produtos da Nota Fiscal nº 10, deixou a Fiscalização de considerar o fato de tais produtos constarem da Nota Fiscal nº 16, emitida em outubro de 2018, a qual teria substituído a primeira.

Pedem, assim, a completa desconsideração do levantamento quantitativo ou a exclusão dos produtos em duplicidade.

Destacam que a desconsideração da nota fiscal cancelada decorre da observância ao princípio da verdade material, ante a comprovação da não ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 29 do Decreto nº 70.235/72.

Reafirmando a não ocorrência do fato gerador do ICMS referente à nota fiscal cancelada, destacam que a autuação fere, ainda, ao princípio da tipicidade.

Afirmam ainda que a autuação deveria ter promovido a recomposição da conta gráfica da Autuada, de modo a se observar o princípio da não cumulatividade e se apropriar dos créditos de ICMS que a Impugnante possui.

Destacam ainda a impossibilidade de inclusão no levantamento quantitativo dos produtos sujeitos ao ICMS substituição tributária, especialmente quanto ao produto código nº 382, pois o tributo é recolhido na operação anterior, o que reforça a necessidade de cancelamento do AI.

Quanto às penalidades, asseveram o caráter confiscatório e desproporcional das multas lançadas, ofendendo ao art. 150 da CF/88 e pedem a redução destas ao patamar de 50% (cinquenta por cento)..

Pois bem, no que tange ao pedido de exclusão, do LEQFID, dos produtos sujeitos ao ICMS substituição tributária, especialmente quanto ao produto código nº 382, verifica-se o acatamento da impugnação pela Fiscalização nos autos originários, já tendo sido excluídos os referidos produtos quando da reformulação do crédito tributário às fls. 388 do PTA n. 01.001348602-15.

Quanto ao lançamento vinculado ao presente PTA, não foram apuradas irregularidades na operação com o produto código 382 no período em questão, conforme assevera a manifestação fiscal de fls. 278/294.

Já quanto ao pedido de exclusão do levantamento quantitativo das mercadorias constantes da Nota fiscal nº 10, que teria sido cancelada pela Contribuinte, a documentação trazida mostra-se insuficiente para comprovar que não houve a ocorrência do fato gerador, qual seja, a venda das mercadorias ao destinatário.

Inicialmente, convém transcrever os dispositivos do Anexo V do RICMS/02 pertinentes aos cancelamentos de notas fiscais eletrônicas:

Art. 11-F. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria ou prestação de serviço.

§ 1º O cancelamento da NF-e, em prazo não superior a vinte e quatro horas, contado do momento da concessão de Autorização de Uso da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NFe, será efetuado pelo emitente mediante Pedido de Cancelamento de NF-e e transmitido à Secretaria de Estado de Fazenda via internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, observado o disposto no Manual de Orientação do Contribuinte.

§ 2º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira) ICPBrasil, contendo o CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

§ 3º A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.

§ 4º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento de NF-e será feita mediante protocolo de que trata o § 2º disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a "chave de acesso", o número da NF-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pela Secretaria de Estado de Fazenda e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da Secretaria de Estado de Fazenda ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.

§ 5º O cancelamento da NF-e após o prazo previsto no § 1º e antes de cento e sessenta e oito horas, contadas do momento da concessão de Autorização de Uso da NF-e, será considerado válido, desde que observado o procedimento estabelecido por Portaria da Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais (SAIF) da Secretaria de Estado de Fazenda.

Sobre os procedimentos para cancelamento de Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), importante transcrever os dispositivos constantes do Ajuste SINIEF 07/05:

(...) Cláusula décima segunda

Em prazo não superior a vinte e quatro horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento da respectiva NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas as normas constantes na cláusula décima terceira. Parágrafo único. A critério de cada unidade federada, em casos excepcionais, poderá ser recepcionado o pedido de cancelamento de forma extemporânea.

Cláusula décima terceira

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O cancelamento de que trata a cláusula décima segunda será efetuado por meio do registro de evento correspondente.

§ 1º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá atender ao leiaute estabelecido no 'Manual de Integração - Contribuinte'.

§ 2º A transmissão do Pedido de Cancelamento de NF-e será efetivada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia. § 3º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICPBrasil, contendo o nº do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

§ 4º A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.

§ 5º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento de NF-e será feita mediante protocolo de que trata o § 2º disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a "chave de acesso", o número da NF-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pela administração tributária e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da administração tributária ou outro mecanismo de confirmação de recebimento. § 6º A administração tributária da unidade federada do emitente deverá transmitir para as administrações tributárias e entidades previstas na cláusula oitava, os Cancelamentos de NF-e.

Destaca-se, também, a seguinte resposta dada à Consulta de Contribuintes pela SEF/MG sobre os procedimentos para o cancelamento de nota fiscal eletrônica:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 143/2013

ICMS - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NOTA FISCAL ELETRÔNICA (NF-e) - CANCELAMENTO APÓS O PRAZO DE 24 HORAS - A partir de 28/02/2013, o CANCELAMENTO de NF-e, após o prazo legal, deverá ser precedido de solicitação no SIARE e posterior transmissão por meio do Webservice de CANCELAMENTO do documento. O registro na Escrituração FISCAL Digital deverá ser efetuado conforme orientações contidas no Manual de Orientação do Leiaute da EFD, instituído pelo Ato COTEPE/ICMS nº 9/2008.

(...) RESPOSTA:

1 a 4 - Inicialmente, importa observar que em fevereiro de 2013 houve uma alteração nos procedimentos relativos à solicitação pelo contribuinte para CANCELAMENTO de NF-e (autorizada) após o prazo legal estipulado, que era de 168 horas, até 31/12/2011, e de 24 horas, a partir de 1º/01/2012, conforme disposto no Ato COTEPE/ICMS nº 33/2008, alterado pelo Ato COTEPE/ICMS nº 13/2010. Até 27/02/2013, o CANCELAMENTO extemporâneo de uma NF-e, assim entendido aquele solicitado após o prazo legal, era informado apenas por meio de denúncia espontânea, mediante o devido ajuste na escrituração FISCAL, nos termos da Consulta de Contribuinte nº 091/2012.

Assim, o contribuinte não tinha como transmitir os cancelamentos extemporâneos de NF-e. A partir de 28/02/2013, encontra-se disponibilizada no Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual (SIARE) uma nova funcionalidade que permite a transmissão de cancelamentos extemporâneos de NF-e. Assim, todos os cancelamentos extemporâneos deverão ser solicitados por meio do SIARE e transmitidos por meio do WebService de CANCELAMENTO de NF-e. (...) Assim, o CANCELAMENTO extemporâneo de NF-e não mais depende de formalização de denúncia espontânea perante o Fisco, bastando para sua consumação o cumprimento da orientação supra.

A partir de 28/02/13, encontra-se disponibilizada no Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual (SIARE) uma nova funcionalidade que permite a transmissão de cancelamentos extemporâneos de NF-e. Assim, todos os cancelamentos extemporâneos deverão ser solicitados por meio do SIARE e transmitidos por meio do WebService de cancelamento de NF-e.

Desse modo, o cancelamento extemporâneo de NF-e não mais depende de formalização de denúncia espontânea perante o Fisco, bastando para sua consumação o cumprimento da orientação supra e apresentação de documentação comprobatória de que a operação não ocorreu, se for o caso.

Observa-se que, embora haja permissão para o contribuinte efetuar cancelamento de nota fiscal eletrônica a qualquer tempo, como de fato a Autuada procedeu em relação à nota fiscal questionada, após o recebimento do AI, a legislação determina procedimentos mínimos necessários para garantir o controle das operações mercantis do contribuinte, evitando que documentos sejam cancelados após sua utilização.

Todavia, esses procedimentos não foram observados pela autuada, não sendo válido, então, o cancelamento efetivado extemporaneamente, após ação fiscal. Nesse diapasão, cumpre transcrever trecho da Consulta de Contribuintes nº 091/12:

Na hipótese da Consulente não observar o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para o cancelamento de NF-e, conforme previsto no Ato COTEPE/ ICMS nº 33/08, deverá protocolizar denúncia espontânea na repartição fazendária de sua circunscrição, observado o disposto no Capítulo XV do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08. Na respectiva denúncia, deverá relatar o fato e demonstrar que a operação não ocorreu, mediante, por exemplo, declaração do destinatário.

Portanto, tendo em vista a falta de comprovação de que a operação não ocorreu, não pode ser acatado o cancelamento extemporâneo efetuados pela Autuada em relação à Nota Fiscal nº 10, após ação fiscal, inclusive após a notificação do lançamento, como suficientes para elidir a acusação fiscal em epígrafe.

Vale dizer que, nos termos do que dispõe o art. 11-F do Anexo V do RICMS/02, após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria ou prestação de serviço.

E, assim, repita-se, a comprovação de que a nota fiscal eletrônica não acobertou a circulação de mercadorias fica a cargo do contribuinte, do que não se desincumbiu a Autuada de comprovar nos presentes autos.

Vale frisar que no caso em exame, o ônus dessa prova é da Autuada, uma vez que compete a ela demonstrar que as operações retratadas nos documentos fiscais eletrônicos, cancelados no banco de dados da nota fiscal eletrônica após as autorizações dos referidos documentos, não acobertaram saída de mercadorias do seu estabelecimento. Sem contar que o cancelamento ocorreu somente após a lavratura do presente Auto de Infração.

Descurrou-se, portanto, a Autuada, de seu ônus processual, previsto no art. 373, inciso I do CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

Como destacado pela Fiscalização, os documentos colacionados pelas Impugnantes nos autos, relativamente ao cancelamento da nota fiscal nº 10, demonstram que os procedimentos concernentes ao referido cancelamento, estabelecidos na legislação supracitada, não foram observados.

Portanto, corretas as exigências fiscais.

Ademais, na medida em que se trata de mercadorias que não possuem identificações distintivas, tornando-as identificáveis nas notas fiscais, impossibilita a verificação de efetiva transferência das mercadorias apenas na Nota fiscal nº 16, como alegam as Impugnantes, restando prejudicada a prova de que tais mercadorias seriam as mesmas constantes da referida operação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à alegação da Defesa de que a Fiscalização não efetuou a recomposição da conta gráfica do ICMS, vale destacar que esse procedimento, quando esteve previsto na legislação tributária, não se aplicava à hipótese dos autos que se refere a saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal, pois se restringia aos lançamentos efetuados pelo Fisco com base na escrita regular do contribuinte.

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

(...)

Portanto, em casos como o que ora está sendo analisado, jamais foi autorizada a recomposição da conta gráfica do ICMS, pois, caracterizado o recolhimento a menor do ICMS em virtude do desacobertamento fiscal, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe a legislação de regência.

Ademais, vale destacar que o Decreto nº 46.698, de 30/12/14, alterou os arts. 194 e 195 do RICMS/02 e excluiu da legislação mineira o procedimento fiscal de Verificação Fiscal Analítica – VFA:

RICMS/02

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

(...)

V - conclusão fiscal;

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original:

"V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;"

(...)

Art. 195. Na hipótese do contribuinte do ICMS ter escriturado créditos ilegítimos ou indevidos, tais créditos serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, acrescidos dos juros de mora, das multas relativas ao aproveitamento indevido e da penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763, de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1975, a partir dos respectivos períodos de creditamento.

(...) (Grifou-se).

Constata-se que, com a nova redação do art. 195 do RICMS/02 foi extinta a recomposição da conta gráfica do ICMS para todo e qualquer procedimento fiscal, inclusive nos casos de créditos ilegítimos ou indevidos.

E, ainda, o referido diploma regulamentar trouxe, no seu art. 1º, a inclusão no RICMS/02 do art. 89-A, com as seguintes disposições:

Art. 1º O Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo DECRETO N° 43.080, de 13 de dezembro de 2002, fica acrescido do art. 89-A, com a seguinte redação:

Art. 89-A Fica vedada a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido, exceto nas hipóteses do Anexo VIII deste Regulamento.

Verifica-se que o art. 89-A do RICMS/02 veda a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido.

Dessa forma, não há que se falar em afronta ao princípio da não cumulatividade do imposto, previsto no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, visto que não se está negando o direito da Contribuinte ao aproveitamento de créditos de ICMS legítimos, os quais, desde que devidamente escriturados, poderão ser aproveitados, seja na compensação de débitos futuros, seja em pagamento de crédito tributário formalizado ou em transferência na forma e condições estabelecidas na legislação do imposto (Anexo VIII do RICMS/02).

Questiona ainda a Defesa a inadequação das multas aplicadas e seu caráter confiscatório.

Porém, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multas que estão corretamente capituladas nos autos e claramente apontadas na legislação estadual, encerrando uma conduta infracional exatamente coincidente com aquela imputada à Autuada.

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*:

Lei nº 6.763/75:

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;

RPTA:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

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 CAPACIDADECONTRIBUTIVA, 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.

(...)

Portanto, não há qualquer impropriedade na capitulação e exigência das multas questionadas no lançamento, devendo ser mantidas.

No que tange ao pedido de exclusão da responsabilidade tributária da Coobrigada, não há como se afastar a coobrigação na forma do art. 135, inciso III do CTN.

Foi eleita corretamente para o polo passivo da obrigação tributária, além da Autuada, a sua sócia-administradora, nos termos dos arts. 135, inciso III do CTN e 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

(...)

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.

(...)

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e dos 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, mas sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do STJ para a responsabilização solidária dos sócios.

Induvidoso, no caso, que a Coobrigada tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, no período que exerceu a gestão da empresa, sendo certo que as irregularidades constatadas caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a inclusão dela no polo passivo da obrigação tributária.

Nesse sentido, destaca-se ainda o teor da Portaria SRE nº 148, de 16 de outubro de 2015, que estabelece as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado, sendo expresso quanto à inclusão nos casos de autuação embasada em levantamento quantitativo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pelas Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Helton Pena de Carvalho e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Joana Faria Salomé. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Marcelo Nogueira de Moraes.

Presidente Sala das Sessões, 24 de setembro de 2020.

Nayara Atayde Gonçalves Machado
Relatora

Geraldo da Silva Datas

P