

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.361/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169534-42
Impugnação: 40.010129778-88, 40.010129885-11 (Coob.), 40.010129884-48 (Coob.)
Impugnante: Comércio de Borrachas e Metais TK Ltda
IE: 001018373.00-03
Cláudio Adelino Soares (Coob.)
CPF: 680.050.756-34
Kathleen Portes de Freitas Soares (Coob.)
CPF: 709.644.086-00
Proc. S. Passivo: Crispim Zuim Neto/Outro(s) (Aut.e Coobs.)
Origem: DFT/Contagem

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - SOLIDARIEDADE. Correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 135, incisos II e III do CTN c/c o art. 21, inciso XII e § 2º incisos I e II da Lei nº 6.763/75.

BASE DE CÁLCULO – CALÇAMENTO. Constatada a emissão de documentos fiscais com consignação de valores diferentes nas respectivas vias. Infração caracterizada nos termos do art. 139 da Parte Geral do RICMS/02. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso IX da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às notas fiscais cujos valores foram arbitrados incorretamente e, ainda, excluir da base de cálculo da multa isolada as notas fiscais cujo valor fora arbitrado, visto que, nesses casos, não há o cotejo entre as vias das notas fiscais.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre calçamento de notas fiscais de saída de mercadorias objetivando a sonegação de tributos, entre eles o ICMS, assim como a não exclusão do Simples Nacional em função da superação do limite de faturamento.

As irregularidades foram apuradas pelo levantamento de documentos fiscais registrados nos livros contábeis da Contribuinte e 2ª via fixa confrontadas com a primeira via das notas fiscais emitidas para clientes da empresa Autuada.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista pelo art. 55, IX da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformados, Autuada e Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1034/1043, acompanhada dos documentos de fls. 1044/2165, onde aduz que:

- o lançamento é nulo em função da quebra de sigilo constitucionalmente previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal;

- o Sr. Cláudio Adelino Soares, deve ser excluído do polo passivo por não deter poderes de gestão;

- há a ocorrência de cobrança em duplicidade, uma vez que utilizou para a apuração das exigências o sistema débito e crédito enquanto estaria submetida ao regime diferenciado previsto no regime do Simples Nacional;

- a apuração do imposto deveria ter sido realizada considerando-se apenas as notas fiscais nas quais houvesse a efetiva constatação de divergências e não a totalidade das operações realizadas nos últimos cinco anos, desconsiderando as operações e recolhimentos regulares, e, que jamais praticou calçamento de notas fiscais;

- apresenta questionamentos atinentes à sua capacidade contributiva, e sobre a legalidade dos índices de correção e patamares de multas exigidas, que considera ilegais.

Ao final, requer pela improcedência do lançamento.

O Fisco, em contraponto, se manifesta às fls. 2172/2189 dos autos e requer pela procedência do lançamento aos argumentos de que:

- apesar de o Sr. Cláudio Adelino Soares não ter poderes para tal e não figurar no contrato social como gestor da empresa autuada, ele a administra conforme se comprova pelos documentos colacionados aos autos, referentes à assinatura de recebimento das mercadorias e nos livros contábeis;

- corrobora esse entendimento a declaração da empresa Fundação Altivo, a qual compra mercadorias da empresa autuada, e informa que desde a compra até o pagamento, todo o contato é feito com o Cláudio Adelino Soares;

- comprovada a fraude quanto à emissão de notas fiscais (calçamento), tem o Fisco mineiro, o poder de arbitrar os valores negativados pelo destinatário;

- a base de cálculo, utilizada neste Auto de Infração, toma por base os valores mensais e divide-se o total das vendas mensais pelo número de negociações efetuadas pela Impugnante;

- quanto ao sistema de tributação da Autuada, a Lei Complementar nº 123/06, em seus arts. 33 e 34 definem a competência para fiscalizar, lançar e a legislação a ser utilizada;

- a LC nº 123/06 e a Lei nº 6.763/75, fixam a base legal para a forma de apuração em débito x crédito, a alíquota aplicável, o cálculo do montante devido e a aplicação da penalidade cabível;

- não ocorreu a quebra de sigilo fiscal, pois na autuação foram utilizados os livros e documentos fiscais da Autuada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a utilização da Taxa Selic é imposta legalmente, não podendo ser exercido o poder discricionário sobre qual taxa de atualização monetária a utilizar.

DECISÃO

Da Preliminar

Inicialmente, cumpre salientar que, embora a Impugnante tenha requerido em sua defesa que o Auto de Infração em apreço seja tornado nulo, não há que se falar em nulidade do lançamento, haja vista a inexistência de vício, tendo sido respeitados todos os requisitos de validade do ato administrativo.

Compulsando os autos, não se verifica qualquer nulidade a macular o procedimento adotado pelo Fisco.

A maneira utilizada pelo Fisco para obtenção dos documentos junto às empresas que supostamente mantinham relações comerciais com a Autuada não demonstra qualquer ilegalidade ou arbitrariedade por parte do Fisco, conforme sustenta a Autuada.

Buscando elucidar os fatos, o Fisco remeteu inúmeras intimações às empresas referidas ou relacionadas pela Autuada, solicitando esclarecimentos bem como cópia de documentos fiscais, tudo em busca da verdade real, norteadora dos procedimentos administrativos.

Portanto, padece de sustentação a tese desposada pela Autuada.

Relativamente aos demais pontos por ela suscitados em sede de preliminar, considerando que terminam por se confundir com o próprio mérito do lançamento (sujeição passiva), serão, por oportuno, tratados em tópico específico.

Com tais considerações, rejeita-se as preliminares erigidas pela Autuada, inexistindo defeito de procedimento ou de forma a ser corrigido nesta oportunidade, ou mesmo que pudesse ensejar a nulidade dos trabalhos implementados.

Do Mérito

No mérito da questão, conforme já mencionado, a constatação trazida aos autos pelo Fisco, reporta-se à conduta adotada pela Impugnante comumente conhecida como “calçamento de notas fiscais”.

Tal conduta se observa no levantamento de documentos fiscais registrados nos livros contábeis da Contribuinte e segunda via fixa das notas analisadas em cotejo com a primeira via das notas fiscais emitidas para clientes da empresa Autuada.

O intuito com a adoção de tal procedimento presume-se seria a sonegação de tributos devidos sobre as operações (dentre eles o ICMS), assim como a não exclusão da empresa do sistema Simples Nacional pela superação dos limites de faturamento impostos pela legislação em vigor.

Em função da irregularidade apurada, foi apresentada cobrança atinente ao ICMS devido sobre as operações, multa de revalidação e multa isolada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O período efetivo fiscalizado compreende 25 de outubro de 2006 a 31 de outubro de 2010.

Passando à interpretação dos fatos, tem-se que a argumentação trazida pelo Coobrigado Sr. Cláudio Adelino Soares, atinente à sua responsabilização pelos débitos ora exigidos é vazia e inócua.

Observa-se que na procuração de fls.1159 a sócia gerente da empresa Autuada nomeia e constitui procurador o Sr. Cláudio Adelino Soares com poderes especiais e com validade por tempo indeterminado.

Da análise da documentação trazida aos autos pelo Fisco, depreende-se que o referido Coobrigado, mandatário da Autuada, atuava em nome da empresa quase na totalidade de suas frentes de operação, assinando livros fiscais, promovendo e celebrando negócios com clientes e fornecedores, reforçando tal entendimento tem-se as declarações de clientes apresentadas pelo Fisco.

Portanto, nos exatos termos do que dispõe o inciso II do art. 135 do CTN, c/c o art. 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75, correta a eleição do Sr. Cláudio Adelino Soares a figurar como responsável solidário pelos créditos tributários ora exigidos.

Quanto a Coobrigada Kathleen Portes de Freitas Soares prevê o Contrato Social de fls. 1045/1047 que a gerência e administração dos negócios, caberá a mencionada sócia. Portanto, correta sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária nos termos do inciso III do art. 135 do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Ressalta-se, de início, que o Sujeito Passivo faz pedido de prova pericial às fls. 1.043 dos autos, por entender que seja necessária tal prova à elucidação dos fatos, sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, deve o mesmo ser, de pronto, indeferido, nos termos do inciso I do § 1º do art. 142 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA).

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária face aos fundamentos e documentos constantes dos autos.

O calçamento de notas restou caracterizado nos autos, principalmente pela análise da planilha de fls. 62/64 em consonância com as 1ª e 2ª vias das notas fiscais (fls. 101/209 e 390/1033 respectivamente).

Adentrando-se ao procedimento em si adotado pelo Fisco, deve-se observar que foi apresentada planilha demonstrativa de notas fiscais apuradas versus notas fiscais declaradas, em seguida foram anexados demonstrativos das diferenças apuradas nas notas fiscais calçadas (fls. 62/64).

Assim, da análise dos autos verifica-se que o crédito tributário é apurado com base nestes últimos demonstrativos.

O arbitramento foi realizado com base no art. 51 da Lei nº 6.763/75 e em estrita consonância com suas disposições.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Saliente-se, a despeito de que o Anexo 2 do PTA (fls. 30/43) incluía 32 (trinta e duas) notas fiscais com valores arbitrados pelo Fisco, que o Demonstrativo da Diferença Apurada das Notas Fiscais Calçadas inclui em seu somatório apenas as Notas Fiscais nº 61, 193, 296, 374, 701 (fls. 61/64).

Tal fato se deu em função de que em alguns casos não se tem a 1ª via da nota fiscal nem a via fixa, inexistindo sequer o registro da mesma no livro de Saídas.

Nessas situações, as notas fiscais com valores arbitrados não foram consideradas para efeitos do cálculo do crédito tributário exigido.

Diversamente da tese defensiva levantada no sentido de que a apuração ocorreu com base na integralidade das notas fiscais emitidas, observa-se que partindo dos valores das diferenças entre as vias das notas fiscais, é que se alcançou o valor da multa isolada e do ICMS e partindo-se deste apurou-se o valor do ICMS devido e da multa de revalidação.

Desta feita, não se constata as irregularidades apontadas pelos Impugnantes nos procedimentos adotados para apuração do crédito e arbitramentos quando necessário.

As 1ª vias originais das notas fiscais foram obtidas mediante intimações aos clientes da Autuada, dada a ausência sequencial e a negativa de algumas notas fiscais, foram arbitrados para as respectivas ausências, valores com base na somatória da receita mensal dividida pelo número de operações de vendas efetuadas no mesmo período.

Contudo, cabe ressaltar, que ao proceder ao cálculo da forma disposta, (somatório da receita mensal dividida pelo número de operações de vendas efetuadas no mesmo período), entende-se que merecem pequenos reparos os valores arbitrados em algumas notas fiscais.

A Nota Fiscal de nº 193 (fls. 34) teve como valor arbitrado na tabela R\$ 3.081,85, quando deveria ser R\$ 2.705,34 (considerar 64.927,30/24), que corresponde ao total das operações calçadas no mês de dezembro de 2007 pelas notas fiscais calçadas emitidas.

A Nota fiscal de nº 701 (fls. 43) teve como valor arbitrado na tabela R\$ 2.429,78, quando deveria ser R\$ 2.369,99 (considerar 28.439,90/12), que corresponde ao total das operações calçadas no mês de julho de 2010 pelas notas fiscais calçadas emitidas.

A alíquota a ser considerada no caso é a de 18% (dezoito por cento) uma vez que a hipótese dos autos afasta a aplicação de dispositivos do Simples Minas, vigente até 30/06/07, conforme preceitua o art. 34, VIII do Anexo X do RICMS/02.

Reportando-nos ao período em que a Autuada esteve inscrita no Simples Nacional, há na legislação específica dispositivo equivalente, mais precisamente na Lei Complementar nº 123/06 em seu art. 13, §1º, inciso XIII.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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. A decisão acolheu Recurso Especial (REsp nº 879.844) interposto pela AGE -Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

Em conformidade com o entendimento apresentado pela AGE, o STJ reconheceu a aplicação da Taxa Selic, 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.

Ainda em relação à multa isolada exigida, entende-se necessário excluir da base de cálculo da multa isolada as notas fiscais cujo valor fora arbitrado, visto que, nesses casos, não há o cotejo entre as vias das notas fiscais.

Para se impor a penalidade aplicada ao particular, não é razoável a dispensa de tal comparação, devendo ser observada de forma restritiva a redação do inciso XI do art. 55 da Lei 6.763/75.

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:

(...)

IX - por emitir documento fiscal consignando valores diferentes nas respectivas vias - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

Quanto aos questionamentos relativos à capacidade contributiva e excesso de exação, tais matérias são alheias à competência desta casa nos termos do art.110 do RPTA.

Tratando do pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado **falta de pagamento do tributo**. (Grifou-se)

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências: 1) relativas às Notas Fiscais de n°s 193 e 701 (apontadas às fls. 34 e 43 na planilha elaborada pelo Fisco); 2) a Multa Isolada capitulada no inciso IX do art. 55 da Lei 6763/75, aplicada sobre as notas fiscais cujo valor foi arbitrado. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Bruno Antônio Rocha Borges (Revisor) e Maria Laura Bráulia de Carvalho Porto.

Sala das Sessões, 05 de outubro de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

ml