

Acórdão: 3.230/07/CE Rito: Sumário
Recurso de Revisão: 40.060119329 - 74
Recorrente: Santa Terezinha Distribuidora de Prods Inds Ltda
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Aci Heli Coutinho/Outro(s)
PTA/AI: 01.000151973-42
Inscr. Estadual: 180.902564.10-51
Origem: DF/BH-1

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADOS. Legítima a manutenção dos Coobrigados no pólo passivo da obrigação tributária haja vista que as procurações juntadas aos autos pelo Fisco comprovam que a Recorrente outorgou-lhes amplos poderes de gestão, hipótese na qual todos os mandatários devem responder pelo crédito tributário nos termos do artigo 21, XII, § 2º, I da Lei 6763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES – Constatou-se a apropriação indevida de créditos de ICMS decorrentes de: 1) operações de devoluções de mercadorias, sem observância das disposições contidas no § 3º do art. 75 do RICMS/02, haja vista que os cupons fiscais emitidos quando da venda das mercadorias não continham a identificação do adquirente impressa por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF); 2) Notas Fiscais de fornecimento de energia elétrica que consignavam como destinatários “terceiros” (pessoa física e/ou contribuinte do ICMS diverso da Recorrente). Corretas, portanto, as exigências de ICMS, MR e MI (capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei 6763/75).

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de:

1 – aproveitamento indevido de créditos do ICMS destacados em notas fiscais de entrada relacionadas no Anexo I, emitidas no período de janeiro/2003 a julho/2005, relativas a devoluções de mercadorias adquiridas por meio de cupons fiscais, os quais não continham a identificação do adquirente impressa por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2 – aproveitamento indevido de créditos de ICMS nos meses de abril a julho/2004, originários de notas fiscais de energia elétrica destinadas a terceiros (Comercial Braga Ltda. – CNPJ n.º 04.159.365.0001-14 e Adriana Alexandra Oliveira – CPF n.º 708.963.726-34).

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (MR) prevista no artigo 56, inciso II da Lei 6763/75 e Multa Isolada (MI) prevista no artigo 55, inciso XXVI da mesma lei.

Coobrigados eleitos em razão do disposto no art. 21, inciso XII, parágrafo 2º da Lei 6763/75.

Inconformada, a Recorrente interpôs, tempestivamente, Recurso de Revisão, às fls. 1033 a 1046, por intermédio de procurador regularmente constituído, arguindo em síntese:

- merece reforma o acórdão recorrido para que sejam excluídos do pólo passivo do Auto de Infração os Coobrigados Carlos Roberto Canuto e Euler Fuad Nejm, com base nas alegações trazidas da impugnação;

- incorreta a inclusão dos prepostos da empresa Autuada, ora Recorrente, como coobrigados da dívida objeto do presente Auto de Infração;

- a regra no Direito Brasileiro é a plena distinção entre o patrimônio da empresa e o patrimônio dos sócios;

- o estorno do crédito do ICMS pelo fisco se deu pelo fato de que a Recorrente não constou identificação do adquirente da mercadoria devolvida;

- a título de amostragem, algumas notas fiscais relacionadas no Anexo I do Auto de Infração, a fim de comprovar que os valores de ICMS estornados pelo Fisco referem-se, exatamente, às mercadorias devolvidas ou trocadas por adquirentes finais;

- nem mesmo as hipóteses de responsabilidade pessoal teriam a prova nos autos realizada;

- o simples inadimplemento das obrigações tributárias pelas pessoas jurídicas, segundo a doutrina e a jurisprudência, não configurariam infração de lei, sendo necessária a comprovação da má-fé, abuso de poder ou excesso de mandato nos atos de gestão das pessoas arroladas;

- o ônus da prova recairia sobre a Fazenda Pública, ou seja, a inclusão do administrador como Coobrigado dependeria da prova da prática de fato específico;

- para fins de apuração e aplicação da responsabilidade pessoal, seria imprescindível também a prova da existência de dolo ou má-fé, o que não foi comprovado pelo Fisco;

- o estabelecimento ora Recorrente possui em seu favor uma Perícia Técnica da AFG Engenharia, a qual atesta o seu direito de apropriar-se de créditos referentes à energia elétrica, eis que é consumida no processo de industrialização da mesma, bem como análise do consumo de energia elétrica para aquele estabelecimento para definição de índices de aproveitamento.

Requer o provimento de seu Recurso e que sejam excluídos do pólo passivo os Coobrigados e seja cancelado o Auto de Infração.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1048 a 1051 opina pelo não provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

Da Preliminar

As condições de admissibilidade do Recurso de Revisão estão previstas no artigo 137 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84, que assim dispõe:

“Art. 137 – Caberá recurso de revisão para a Câmara Especial quando quaisquer das decisões da Câmara de Julgamento resultarem de voto de qualidade proferido pelo seu Presidente, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 1º – Não ensejará recurso de revisão ou de ofício a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa a:

- 1) questão preliminar;
- 2) concessão de dedução de parcela escriturada ou paga após a ação fiscal.

§ 2º – Quando houver decisão por voto de qualidade, independentemente da matéria por ele decidida e observadas as ressalvas contidas no parágrafo anterior, o único recurso que caberá às partes será o de revisão, ainda que preenchidos os pressupostos de cabimento para os demais.

§ 3º – O recurso de revisão devolverá à Câmara Especial o conhecimento de toda matéria nele versada.

§ 4º – No caso de interposição de recurso de revisão sem a observância do pressuposto de cabimento previsto no caput, o mesmo será liminarmente indeferido pelo Auditor Fiscal, competindo-lhe determinar a devolução dos autos à origem para o cumprimento da decisão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º - O recurso de revisão interposto pela Fazenda Pública Estadual, se admitido, prejudicará o recurso de ofício.”

Da leitura do dispositivo acima transcrito e procedendo-se à necessária análise da decisão recorrida verifica-se que encontra-se superada, de plano, a condição de admissibilidade prevista no supracitado artigo 137, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade.

Portanto, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação de:

1 – aproveitamento indevido de créditos do ICMS destacados em notas fiscais de entrada relacionadas no Anexo I, emitidas no período de janeiro/2003 a julho/2005, relativas a devoluções de mercadorias adquiridas por meio de cupons fiscais, os quais não continham a identificação do adquirente impressa por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF);

2 – aproveitamento indevido de créditos de ICMS nos meses de abril a julho/2004, originários de notas fiscais de energia elétrica destinadas a terceiros (Comercial Braga Ltda. – CNPJ n.º 04.159.365.0001-14 e Adriana Alexandra Oliveira – CPF n.º 708.963.726-34).

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (MR) prevista no artigo 56, inciso II da Lei 6763/75 e Multa Isolada (MI) prevista no artigo 55, inciso XXVI da mesma lei.

Coobrigados eleitos em razão do disposto no art. 21, inciso XII, parágrafo 2º da Lei 6763/75.

Como visto no artigo acima transcrito, o Recurso de Revisão devolve à Câmara Especial a análise de toda a matéria nele versada. Nesta linha tratar-se-á, primeiramente, a questão dos Coobrigados.

Do estudo da matéria conclui-se que nos presentes autos, dadas as circunstâncias da questão tratada, os Coobrigados devem ser mantidos no pólo passivo da obrigação tributária.

A empresa Santa Terezinha Distribuidora de Produtos Industrializados outorgou as procurações a Euler Fuad Nejm, autorizando-lhe a representar a Recorrente, **isoladamente**, junto a Órgãos Públicos, no âmbito Federal, Estadual e Municipal, tendo ainda poderes para: “(...) fazer e assinar requerimentos, prestar esclarecimentos, contestar, apresentar, assinar, protocolar, juntar e retirar documentos, representá-la em juízo ou fora dele, contratar e nomear advogados para representá-la, receber intimações, enfim praticar todos os atos necessários ao fiel cumprimento deste

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mandato, por mais especiais que sejam e mesmo que aqui não estejam expressamente consignados (...).”

Tendo ainda poderes para “(...) representar a Outorgante perante quaisquer bancos e demais instituições do mercado financeiro, nas transações em que se fizer necessário, podendo para tanto o procurador ora nomeado movimentar e encerrar contas bancárias, emitir recibos e dar quitação; prestar esclarecimentos; fazer requerimentos e assiná-los, emitir, assinar e endossar cheques; receber, endossar, descontar cheques e duplicatas em qualquer agência bancária; assinar papéis e documentos; fazer juntada de documentação; contrair empréstimos, fazer aplicações e resgates, assinar os respectivos contratos, enfim, praticar todos os demais atos necessários para o fiel cumprimento deste mandato, por mais especiais que sejam e mesmo que aqui não estejam expressamente consignados (...).” (grifos acrescidos).

A Recorrente outorgou, também, procuração a Carlos Roberto Canuto, que além de representá-la junto a Órgãos Públicos, tem poderes para agir em conjunto com o procurador Euler Fuad Nejm e com os Gerentes Delegados da Outorgante, podendo "representar a Outorgante perante quaisquer bancos e demais instituições do mercado financeiro, nas transações em que se fizer necessárias, podendo para tanto o procurador ora nomeado movimentar e encerrar contas bancárias; emitir recibos e dar quitação; prestar esclarecimentos; fazer requerimentos e assiná-los, emitir, assinar e endossar cheques; receber, endossar, descontar cheques e duplicatas em qualquer agência bancária; assinar papéis e documentos; fazer juntada de documentação; contrair empréstimos, fazer aplicações e resgates, assinar os respectivos contratos, enfim, praticar todos os demais atos necessários para o fiel cumprimento deste mandato, por mais especiais que sejam e mesmo que aqui não estejam expressamente consignados...".

Em relação, especificamente, às procurações outorgadas ao Sr. Carlos Roberto Canuto, as mesmas conferem amplos poderes relacionados a atos de gestão.

Além do mais, pelo que consta dos autos, é possível traçar a trajetória do Sr. Euler Fuad Nejm na organização.

Infere-se que o Sr. Euler Fuad Nejm foi o sócio proprietário da empresa Santa Terezinha, com aproximadamente 99,9% (noventa e nove vírgula nove por cento) do capital social, transferindo tal participação para a Global Participação e Empreendimentos Ltda, tendo como parceira na sociedade a Sra. Maria Lúcia de Souza.

Pelo mesmo documento, tem-se que a Sra. Maria Lúcia de Souza é ainda sócia da empresa Global Participações e Empreendimentos Ltda, também administrada pelo não sócio João Batista Teixeira.

Também, segundo o mesmo documento, a empresa Santa Terezinha, ora Recorrente, será administrada pela sócia minoritária Maria Lúcia de Souza com 0,1(zero vírgula um por cento) do capital social e pelo não sócio João Batista Teixeira, nomeados Gerentes Delegados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pelas procurações firmadas nos autos, Maria Lúcia de Souza e João Batista Teixeira devolvem integralmente a administração da empresa a Euler Fuad Nejm.

Por fim, cabe esclarecer que muito embora a procuração descreva como outorgante outro estabelecimento da Recorrente, os seus efeitos não se restringem a tal estabelecimento, tanto é que, com a mesma procuração, o outorgado Carlos Roberto Canuto firmou a procuração outorgando representação junto ao processo ora em análise.

O Sr. Euler Fuad se manteve à frente da empresa ora Recorrente desde seu início, primeiramente como sócio gerente e, posteriormente com mandatário com amplos e ilimitados poderes, inclusive para representar a empresa isoladamente no cumprimento do seu mandato.

O art. 121, § único, inciso II do CTN prevê que o responsável tributário é o sujeito passivo da obrigação principal, cuja obrigação decorre de disposição expressa da lei, sem que o mesmo tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador.

Por outro lado, o artigo 124, inciso II, do CTN, prescreve que "são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei". O referido dispositivo do CTN possibilita que a lei da pessoa política competente para tributar gradue a responsabilidade dos obrigados.

Em outras palavras, a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva indireta, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o pólo passivo.

Assim, o artigo 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II da Lei 6763/75, citados no relatório do Auto de Infração, dispõem:

"Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

.....

§ 2º - são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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 quem faz ou fez parte.

.....”

A atuação (gestão) dos Coobrigados – Euler Fuad Nejm e Carlos Roberto Canuto – com infração à lei tributária surge concomitantemente à obrigação tributária, e não após, como se daria na hipótese de falta de pagamento do ICMS declarado e não pago no período regulamentar. Observando-se que as decisões judiciais invocadas pelos Impugnantes referem-se à falta de pagamento de imposto declarado e não pago.

A melhor doutrina é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios gerentes e diretores respondem pela obrigação tributária **quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social, estatutos forem prévios ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária** (que se dá pela realização do fato gerador).

O art. 135, incisos II e III, do CTN tem o mesmo alcance do § 2º acima descrito e é aplicável a empresas que estejam ou não em atividade. Infere-se do art. 135 do CTN que são pessoalmente responsáveis por créditos vindos de obrigação tributária de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, os mandatários, prepostos, administrador, sócio-gerente, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, justifica-se a inclusão na sujeição passiva do mandatário Carlos Canuto e do sócio-gerente (parte do período) e mandatário-administrador (pelo restante do período em que se deram os fatos geradores com poderes plenos, inclusive para agir isoladamente) Euler Fuad Nejm, a fim de coibir o abuso cometido por mandatário, por administrador, por sócio-gerente, valendo-se da pessoa jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, no Recurso Extraordinário nº 85764, relatado pelo Ministro Moreira Alves, decidiu que é perfeitamente lícita a execução contra sócio que exerceu a gerência da sociedade em parte do exercício que se alega ter havido sonegação, pois, sócio, nessas condições, é sujeito passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável, por substituição (art. 135, III combinado com o art. 121, § único, inciso II, ambos do CTN).

O Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que quando há infração à lei, os sócios gerentes, administradores e outros respondem pela obrigação tributária como no AgRg no Ag 775621 / MG, julgado em 2.007, relator Ministro José Delgado. No mesmo sentido, o TJ/RS, nos embargos infringentes nº 594124984, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, decidiu. O TJ/MG, em recente decisão, por unanimidade, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o mesmo entendimento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, com utilização indevida de créditos de ICMS, sem observância dos requisitos legais e regulamentares, seja na utilização de créditos de notas fiscais de energia elétrica destinadas a terceiros, seja na utilização de créditos nas devoluções por consumidores finais sem observância de requisitos.

Frise-se, o Coobrigado Euler Fuad Nejm foi sócio-gerente em parte do período autuado e após retirar-se da sociedade recebeu procuração com todos os poderes de gestão, isoladamente.

Nesse sentido, correta a eleição dos sujeitos passivos Euler Fuad Nejm e Carlos Roberto Canuto.

Quanto ao mérito propriamente dito, é de se ressaltar que deve prevalecer a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, pois, na verdade, não houve divergência na Câmara “a quo”.

Diante dos fatos, improcedente o Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. Também em preliminar, à unanimidade, em determinar à Impugnante a juntada de instrumento de substabelecimento da Dra. Juliana Mariano Zocrato, no prazo de 5 (cinco) dias. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro, que lhe dava provimento parcial, para excluir os Coobrigados do pólo passivo. Pela Impugnante sustentou oralmente a Dra. Juliana Mariano Zocrato, e pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles, Mauro Heleno Galvão e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 15/06/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

lmpmp/vsf

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.230/07/CE Rito: Sumário
Recurso de Revisão: 40.060119329 - 74
Recorrente: Santa Terezinha Distribuidora de Prods Inds Ltda
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Aci Heli Coutinho/Outro(s)
PTA/AI: 01.000151973-42
Inscr. Estadual: 180.902564.10-51
Origem: DF/BH-1

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

“*Data venia*”, não concordo com a responsabilidade dos Coobrigados Euler Fuad Nejm e Carlos Roberto Canuto, tendo em vista que não há nos autos qualquer documento atestando a participação dos coobrigados na unidade atuada.

Os poderes conferidos aos Coobrigados em comento restringem-se à unidade diversa da atuada, não sendo viável e nem mesmo razoável que eles respondam por sugeridos excessos de poderes se, no caso da empresa atuada, eles não tinham poderes nem para administrar, nem para movimentar dinheiro em nome da Atuada em comento.

Portanto, considerando que os Coobrigados efetivamente não tinham atividade executiva dentro da unidade atuada, incorreto está o lançamento em relação a eles.

Diante disso, dou provimento parcial ao recurso para excluir os Coobrigados Euler Fuad Nejm e Carlos Roberto Canuto.

Sala das Sessões, 15/06/07.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**

ACR/EJ