

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.622/14/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000210647-31
Impugnação: 40.010135676-67, 40.010135677-48 (Coob.)
Impugnante: WMA Distribuidora de Cosméticos Ltda
IE: 001555141.00-05
Marconi Arruda Leal (Coob.)
CPF: 880.727.547-34
Proc. S. Passivo: Ricardo Álvares da Silva Campos Júnior/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – CORRETA A ELEIÇÃO. No caso do presente processo, há comprovação de que o sócio administrador da empresa autuada praticou atos com infração de lei que resultaram nas exigências fiscais. Correta, portanto, a sua eleição para o polo passivo da obrigação tributária com fulcro no art. 21, inciso XII, c/c o § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e com o art. 135, inciso III do CTN.

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatada a falta de destaque do ICMS, a título de operação própria, nos documentos fiscais de saída emitidos pela Autuada, os quais acobertaram mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, aplicável no momento da saída das referidas mercadorias do estabelecimento autuado (contribuinte substituto tributário), nos termos do parágrafo único do art. 113, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso VII do art. 55 da referida lei, redação vigente até 31/12/11, em relação aos fatos geradores ocorridos até 31/12/11. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/12, foi exigida a Multa Isolada capitulada na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da referida lei (redação vigente a partir de 01/01/12). Infração caracterizada. No entanto, deve-se excluir a multa isolada exigida, por não ser adequada ao caso dos autos.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – COSMÉTICOS/PERFUMARIA/HIGIENE PESSOAL - EMPRESAS INTERDEPENDENTES. Constatada a falta de retenção e de recolhimento de ICMS/ST devido no momento das saídas das mercadorias, listadas no item 24 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, do estabelecimento autuado. Atribuição da responsabilidade pela retenção e o recolhimento do ICMS/ST à Autuada (estabelecimento destinatário interdependente), em razão da interdependência entre a Autuada e seus fornecedores, definida nos termos do parágrafo único do art. 113 c/c os incisos I e III do art. 115, ambos da Parte 1 do Anexo XV do mencionado regulamento. Exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, I da Lei nº 6.763/75 e da Multa

Isolada prevista no inciso VII do art. 55 da referida lei, redação vigente até 31/12/11, em relação aos fatos geradores ocorridos até 31/12/11. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/12, foi exigida a Multa Isolada capitulada na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da referida lei (redação vigente a partir de 01/01/12). **Infração caracterizada. No entanto, deve-se excluir a multa isolada exigida, por não ser adequada ao caso dos autos.**

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Decorre o lançamento da constatação de falta de retenção e de recolhimento de ICMS/ST, no período de 01/07/10 a 31/08/13, devido no momento da saída das mercadorias, listadas no item 24 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, do estabelecimento autuado.

Atribuição da responsabilidade pela retenção e o recolhimento do ICMS/ST à Autuada (estabelecimento destinatário interdependente), em razão da interdependência entre esta e os fornecedores mencionados nos autos, definida nos termos do parágrafo único do art. 113 c/c os incisos I e III do art. 115, ambos da Parte 1 do Anexo XV do mencionado regulamento.

Exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, I da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso VII do art. 55 da referida lei, redação vigente até 31/12/11, em relação aos fatos geradores ocorridos até 31/12/11. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/12, foi exigida a Multa Isolada capitulada na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da referida lei (redação vigente a partir de 01/01/12).

Constatou-se, ainda, a falta de destaque do ICMS, a título de operação própria, nos documentos fiscais de saída emitidos pela Autuada, os quais acobertaram mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, aplicável no momento da saída das referidas mercadorias do estabelecimento autuado (contribuinte substituto tributário), nos termos do parágrafo único do art. 113 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso VII do art. 55 da referida lei, redação vigente até 31/12/11, em relação aos fatos geradores ocorridos até 31/12/11. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/12, foi exigida a Multa Isolada capitulada na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da referida lei (redação vigente a partir de 01/01/12).

Da Impugnação

Inconformados, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 52/81, e o Coobrigado Marconi Arruda Leal, às fls. 90/119, alegando, em síntese, que:

- não há interdependência entre os fornecedores e a Impugnante/Atuada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a suposta configuração de interdependência teria se dado em razão da similitude ou relação entre os quadros societários das pessoas jurídicas, capitaneadas por Marconi Arruda Leal. Em outras palavras, a Fiscalização caracterizou o que se pode chamar de “grupo econômico”, utilizando critérios estanques, inflexíveis e objetivos contidos no art. 115 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02;

- o RICMS/02 estabelece percentuais de participação em capital acionário, que determinam de maneira peremptória, a relação entre as pessoas jurídicas;

- tal disposição pode acarretar a inviabilidade dos objetivos sociais das pessoas jurídicas que circulam mercadorias, além de impedir o instituto da substituição tributária;

- o conceito de interdependência passa pelo de grupo econômico e deve ser buscado na Lei Federal nº 6.404/76, que regula a sociedade por ações;

- no caso concreto, não há e nunca houve reunião para a consecução de fins comuns, visto que as atividades das pessoas jurídicas são distintas, não havendo interdependência, apenas comércio entre elas;

- a ligação feita pela Fiscalização entre as sociedades é falha, tanto que não foram incluídas na sujeição passiva as outras pessoas jurídicas que seriam interdependentes. Se há interdependência, as pessoas jurídicas deveriam ser todas objetivamente solidárias nas dívidas;

- o sócio Marconi Arruda Leal só poderia figurar como sujeito passivo caso houvesse comprovação de que agiu com dolo e, no caso, dizem que as investigações, mesmo ultrapassando os seus limites legais, não alcançaram provas que pudessem comprovar o dolo do referido Coobrigado em fraudar o Fisco ou inadimplir o tributo;

- a responsabilização do sócio se dá com fulcro no art. 135, inciso III do CTN, o qual estabelece que os administradores, sócios, diretores, dentre outros, só respondem pelas dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador e, ainda, quando tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, todos apurados por procedimento regular administrativo ou judicial.

Invocam a norma do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN e citam jurisprudência para corroborar seus argumentos.

Entendem que resta claro que não houve participação do sócio Marconi Arruda Leal no nascedouro dos débitos constituídos por meio do presente Auto de Infração.

Sustentam que a inclusão do sócio no polo passivo é ilegal e deve ser anulada, pois não existem, no caso, provas do elemento subjetivo de sua conduta.

Afirmam que se há divergência, esta decorre da interpretação acerca da aplicação das regras de substituição tributária e interdependência e, assim, a aplicação das duas multas, de revalidação e Isolada, é ilegal, demonstrando flagrante *bis in idem*.

Segundo alegam, a multa isolada engloba a mesma punição prevista nas multas de revalidação aplicadas em razão do suposto não recolhimento do imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

devido pelas operações próprias e de substituição tributária, visto que foi aplicada pela suposta consignação errônea do valor das mercadorias no documento fiscal.

Alegam que a multa isolada aplicada, capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75, é indevida ao caso, visto que só foi inserida na legislação mineira pela Lei nº 19.978/11, para vigorar a partir de 01/01/12.

Citam o Acórdão nº 20.843/13/3ª deste Conselho de Contribuintes no qual foi afastada a aplicação retroativa da referida penalidade.

Por último, asseveram que as multas aplicadas são consideradas confiscatórias pela jurisprudência e requerem que sejam anuladas ou, ao menos, reduzidas a patamares condizentes com o permitido pelo sistema jurídico.

Propugnam, ao final, pela procedência das suas peças defensórias.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 123/138. Na oportunidade, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG exara o parecer de fls. 144/155, no qual opina pela procedência parcial do lançamento para que seja excluída a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo alterações de estilo e acréscimos necessários.

Decorre o lançamento da constatação de falta de retenção e de recolhimento de ICMS/ST, no período de 01/07/10 a 31/08/13, devido no momento da saída das mercadorias, listadas no item 24 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, do estabelecimento autuado.

A atribuição da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST à Autuada (estabelecimento destinatário interdependente) se deu em razão da interdependência entre esta e os fornecedores relacionados nos autos, e encontra-se definida nos termos do parágrafo único do art. 113 c/c os incisos I e III do art. 115, ambos da Parte 1 do Anexo XV do mencionado regulamento.

Exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, I da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso VII do art. 55 da referida lei, redação vigente até 31/12/11, em relação aos fatos geradores ocorridos até 31/12/11. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/12, foi exigida a Multa Isolada capitulada na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da referida lei (redação vigente a partir de 01/01/12).

Constatou-se, ainda, a falta de destaque do ICMS/operação própria, nos documentos fiscais de saída emitidos pela Autuada, os quais acobertaram mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, aplicável no momento da saída das referidas mercadorias do estabelecimento autuado (contribuinte substituto tributário),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos termos do disposto no parágrafo único do art. 113 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso VII do art. 55 da referida lei, redação vigente até 31/12/11, em relação aos fatos geradores ocorridos até 31/12/11. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/12, foi exigida a Multa Isolada capitulada na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da referida lei (redação vigente a partir de 01/01/12).

As planilhas relativas ao “Demonstrativo do cálculo do ICMS/ST” e “Relatório de Apuração do ICMS/ST devido”, detalhado por documento fiscal e por produto, estão acostadas aos autos por meio da mídia eletrônica de fls. 41.

Inicialmente, destaca-se que a Autuada exerce a atividade de comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria (CNAE-F 46.46-0-01).

Importante mencionar que, nos termos do art. 113 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, a substituição tributária não se aplica às operações realizadas entre estabelecimentos de empresas interdependentes com as mercadorias de que trata o item 24 da Parte 2 do referido Anexo, hipótese em que a responsabilidade pela retenção recairá sobre o estabelecimento destinatário interdependente, no momento em que este promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte. Examine-se:

Art. 113. A substituição tributária não se aplica às operações realizadas entre estabelecimentos de empresas interdependentes com as mercadorias de que trata o item 24 da Parte 2 deste anexo, exceto as operações que destinarem a mercadoria para estabelecimento varejista.

Parágrafo único. Na hipótese de inaplicabilidade da substituição tributária prevista no caput, a responsabilidade da retenção recairá sobre o estabelecimento interdependente, no momento em que este promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte. (Grifos acrescidos)

No caso dos autos, a Fiscalização demonstrou, no Relatório Fiscal de fls. 08/16 (item 1), a relação de interdependência entre a Autuada (WMA Distribuidora de Cosméticos Ltda) e os fornecedores Akla Indústria de Cosméticos Ltda (CNPJ 01.470.165/001-90) e Biotropic Distribuidora de Cosméticos Ltda (CNPJ 07.577.549/0001-92 (quadro resumo às fls. 20 dos autos).

Também, encontram-se acostadas às fls. 21/38 consultas ao quadro societário das empresas retromencionadas, extraídas do banco de dados da Receita Federal do Brasil.

Os Impugnantes argumentam a inexistência da interdependência dos estabelecimentos, alegando que a Fiscalização a estabeleceu em razão da similitude ou relação entre os quadros societários das pessoas jurídicas, o que, no seu entendimento, caracterizaria “grupo econômico”, com fulcro em critérios contidos no art. 115 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirmam que o *Regulamento mineiro estabelece percentuais de participação em capital acionário, que determinam de maneira peremptória, a relação entre as pessoas jurídicas e que tal disposição pode acarretar a inviabilidade dos objetivos sociais das pessoas jurídicas que circulam mercadorias, além de impedir o instituto da substituição tributária, pilar que visa impedir a cumulatividade do tributo.*

De fato, os critérios para se definir a relação de interdependência em comento estão dispostos no referido art. 115 e, no caso em exame, mais especificamente, nos seus incisos I e III, transcritos a seguir:

Art. 115. Para fins do disposto nos arts. 113 e 114 desta Parte, consideram-se estabelecimentos de empresas interdependentes quando:

I - uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, e respectivos cônjuges e filhos menores, for titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra;

II - uma delas tiver participação na outra de 15% (quinze por cento) ou mais do capital social, por si, seus sócios ou acionistas, bem assim por intermédio de parentes destes até o segundo grau e respectivos cônjuges, se a participação societária for de pessoa física;

III - uma mesma pessoa fizer parte de ambas, na qualidade de diretor, ou sócio com funções de gerência, ainda que exercidas sob outra denominação;

IV - uma tiver vendido ou consignado à outra, no ano anterior, mais de 20% (vinte por cento), no caso de distribuição com exclusividade em determinada área do território nacional, e mais de 50% (cinquenta por cento), nos demais casos, do seu volume de vendas;

V - uma delas, por qualquer forma ou título, for a única adquirente de um ou de mais de um dos produtos da outra, ainda quando a exclusividade se refira à padronagem, marca ou tipo do produto; (grifos acrescidos)

No entanto, equivocou-se a Defesa, pois, como se vê, a legislação tributária não pretende definir “grupo econômico”, sequer inviabilizar os objetivos sociais das pessoas jurídicas e/ou afastar a aplicação da substituição tributária.

A norma ínsita no art. 115 supra estabelece apenas critérios (fornecimento de mercadorias acima de determinado volume, vinculação societária existente entre as sociedades e a presença de administradores comuns) os quais fazem surgir a relação de interdependência, para efeitos de aplicação do disposto nos arts. 113 e 114 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Ou seja, determina as hipóteses em que a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do ICMS/ST é atribuída ao estabelecimento destinatário interdependente.

Os documentos acostados pela Fiscalização às fls. 21/38 dos autos, contendo informações acerca da composição do quadro societário da Autuada e das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

empresas fornecedoras, já mencionadas, não deixam qualquer dúvida quanto à caracterização da relação de interdependência entre os referidos estabelecimentos em todo o período autuado (as informações encontram-se resumidas às fls. 20 dos autos) nos termos da legislação mencionada. Confira-se:

QUADRO DEMONSTRATIVO DA INTERDEPENDÊNCIA				
PERÍODO	WMA	AKLA	BIOTROPIC	BIOHOLDING
de 25/02/2010 a 26/06/2011	João Carlos Serra da Silva - 45% Biotropic - 55% Marconi Arruda leal - Administrador - 0%	Marconi Arruda Leal - Administrador - 80%	Wakeska Zanelato L. Leal - 1%	Abertura em 23/11/2011
de 27/06/2011 a 22/11/2011	Décio Leite Teixeira Filha - 45% Marconi Arruda Leal- Administrador - 0% Biotropic - 55%	Waleska Zanelato L. Leal - 20%	Marconi Arruda Leal - Administrador - 99%	
de 23/11/2011 a 04/01/2012	Décio Leite Teixeira Filho - 45% Marconi Arruda leal - Administrador - 0% Biotropic - 55%			Marconi Arruda Leal - Administrador - 90%
de 05/01/2012 a 25/01/2012	Décio Leite Teixeira Filho- Administrador - 10% Bioholding - 90%			Waleska Zanelato L. Leal - 10%
de 26/01/2012 a 16/06/2013	Décio Leite Teixeira Filho - Administrador - 10% Bioholding - 90%	João Carlos do C. Teixeira - Administrador - 7% Bioholding - 93%	Wakeska Zanelato L. Leal - 10% Bioholding - 90% Marconi Arruda leal - Administrador - 0%	
de 17/06/2013 a 31/07/2013	Marconi Arruda leal - Administrador - 10% Bioholding - 90%			
de 01/08/2013 a 31/08/2013				Marconi Arruda Leal - Administrador - 95% João Carlos do C. Teixeira - Administrador - 5%
Obs.				
- A WMA começou a adquirir produtos da BIOTROPIC somente após 15/05/2012, ou seja, após a entrada da Bioholding no quadro societário.				
- Após 26/01/2012: Interdependência entre WMA, AKLA e BIOTROPIC constatada pelo art. 115, I - A WMA, pelo sócio BIOHOLDING, é titular de mais de 50% do capital da AKLA e da BIOTROPIC				
- De 05/01/2012 a 26/01/2012: Interdependência entre WMA, AKLA e BIOTROPIC constatada pelo art. 115, I - A AKLA e a BIOTROPIC, através de seu sócio Marconi, são titulares de mais de 50% da WMA, vez que este sócio possui 90% da BIOHOLDING e esta tem 90% da WMA, totalizando 81%				
- De 25/02/2010 a 04/01/2012: Interdependência entre WMA e AKLA constatada pelo art. 115, III - O sr MARCONI faz parte da WMA e da AKLA na qualidade de sócio com função de gerência, uma vez que detém 80% da AKLA e 54,45% da WMA, através de 99% da BIOTROPIC				

Nesse sentido, é importante deixar consignado, que contrariamente ao que sustentou a Defesa da Tribuna, quando questionou a caracterização da interdependência para o período de **05/01/12 a 25/01/12**, que a empresa Bioholding Participações já fazia parte do quadro societário da empresa autuada, desde 05/01/12, conforme se verifica na consulta ao banco de dados da Receita Federal anexada às fls. 32.

Configurada a interdependência entre a Autuada e as empresas fornecedoras, a Fiscalização, corretamente, apurou o ICMS devido por substituição tributária no momento da saída das mercadorias do estabelecimento autuado, conforme determina o parágrafo único do art. 113, já mencionado.

Nesse norte, mediante utilização da ferramenta “Cálculo e Apuração do ICMS/ST” do Auditor Eletrônico, programa institucional da SEF/MG, a Fiscalização apurou o ICMS/ST devido, deduziu os valores recolhidos antecipadamente no momento da entrada das mercadorias neste estado (aba recolhimentos do arquivo “WMA Apuração de Saídas” contida na mídia eletrônica de fls. 41), conforme demonstrado na planilha “Resumo Mensal de Apuração” de fls. 18 dos autos. Foi abatido também o imposto exigido no PTA nº 01.000177350-58 de mesma sujeição passiva.

Dessa forma, é incabível a alegação de que a manutenção do presente lançamento importa em “bis in idem”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme se verifica, a matéria em exame já foi objeto de análise em várias respostas dadas pela SUTRI/SEF/MG a consultas de contribuintes, dentre as quais se destaca a seguinte:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 050/2012

(...)

RESPOSTA:

1 a 3 – Em preliminar, ressalte-se que, nos termos do art. 113 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, a substituição tributária não se aplica às operações realizadas entre estabelecimentos de empresas interdependentes com as mercadorias de que trata o item 24 da Parte 2 desse Anexo, hipótese em que a responsabilidade pela retenção recairá sobre o estabelecimento destinatário interdependente, no momento em que este promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte, exceto em se tratando de operações destinadas a estabelecimento varejista, nos termos do parágrafo único do art. 113 em comento.

(...)

Cumprе ressaltar que tal responsabilidade é atribuída à Consultante, independentemente da condição do remetente das mercadorias por ela adquiridas.

(...)

Dessa forma, nas aquisições de mercadorias relacionadas no citado item 24 de contribuintes mineiros que guardam relação de interdependência com estabelecimentos industriais, cabe à Consultante a responsabilidade, na condição de substituta tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas saídas subsequentes, destinadas a contribuintes estabelecidos neste Estado. (Grifos acrescentados)

Este Conselho também já se manifestou sobre situação semelhante a dos presentes autos. Veja-se:

ACÓRDÃO: 20.843/13/3ª

RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000173632-07

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – COSMÉTICOS/PERFUMARIA/HIGIENE PESSOAL - EMPRESAS INTERDEPENDENTES. CONSTATADO FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST INCIDENTE SOBRE OPERAÇÕES COM MERCADORIAS CONSTANTES DO ITEM 24, PARTE 2, ANEXO XV DO RICMS/02 (SABONETES - NCM/SH 3401.11.90), HAJA VISTA A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AUTUADA E A EMPRESA TROPICAL COSMÉTICOS LTDA, ÚNICA FABRICANTE DOS "SABONETES GH", DEFINIDA NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 113 C/C INCISO V DO ART. 115, AMBOS DO ANEXO XV DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO EM DOBRO A TEOR DO ART. 56, INCISO II, § 2º, INCISO I DA LEI Nº 6.763/75 E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXXVII DA CITADA LEI. ENTRETANTO, DEVE SER EXCLUÍDA A MULTA ISOLADA ATÉ 31/12/11, POR TER SIDO INSTITUÍDA PELA LEI Nº 19.978, DE 28/12/11, PARA VIGORAR A PARTIR DE 01/01/12, NÃO PODENDO SER APLICADA RETROATIVAMENTE PARA ALCANÇAR SITUAÇÕES OCORRIDAS EM EXERCÍCIOS ANTERIORES. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. (GRIFOS ACRESCIDOS).

Em razão do procedimento adotado pela Impugnante, ou seja, recolher o ICMS/ST devido na entrada das mercadorias neste Estado, também houve falta de destaque do ICMS operação própria nos documentos fiscais que acobertaram as saídas das referidas mercadorias do estabelecimento autuado.

Assim, a Fiscalização exige corretamente o ICMS devido pela operação própria, também deduzido no cálculo do ICMS/ST, considerando a alíquota interna do produto, conforme demonstrado na planilha denominada "Extra 2" do arquivo "WMA Apuração de Saídas" contida na mídia eletrônica de fls. 41.

Do valor do ICMS apurado foi abatido o imposto declarado na DAPI e, também, os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais de entradas, conforme detalhado na planilha "crédito de ICMS 2", do arquivo supracitado.

Assim, corretas as exigências de ICMS operação própria, ICMS/ST e da Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do ICMS operação própria e de 100% (cem por cento) sobre o ICMS/ST, nos exatos termos do que determina o art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I do mesmo dispositivo, todos da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se que o TJMG, ao analisar a aplicação da multa de revalidação em dobro, entendeu pela não confiscatoriedade da referida penalidade. Confira-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - MULTA DE REVALIDAÇÃO - COBRANÇA EM DOBRO - POSSIBILIDADE - ARTIGO 56, §2º, DA LEI Nº. 6.763/75, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº. 12.729/97 - IMPOSTO RETIDO EM RAZÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECURSO PROVIDO.

(...)

NOS TERMOS DO ARTIGO 56, DA LEI ESTADUAL Nº. 6.763/75, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº. 12.729/97, A FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO RETIDO EM DECORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, IMPORTA A COBRANÇA EM DOBRO, QUANDO DA AÇÃO FISCAL.

SENDO A MULTA DE REVALIDAÇÃO APLICADA DENTRO DOS LIMITES PREVISTOS NA LEI, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CONFISCO NEM NA POSSIBILIDADE DE O JUIZ REDUZI-LA PORQUE NÃO EXERCE FUNÇÃO PRÓPRIA DA FISCALIZAÇÃO, LIMITANDO-SE A VELAR PELA VALIDADE FORMAL DO ATO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0145.12.030251-1/001, RELATOR(A): DES.(A) LUÍS CARLOS GAMBOGI, 5ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 03/04/2014, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 14/04/2014)

(...)

PORTANTO, SENDO A MULTA DE REVALIDAÇÃO APLICADA DENTRO DOS LIMITES PREVISTOS NA LEI, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CONFISCO, E, MUITO MENOS, NA POSSIBILIDADE DE O JUIZ REDUZI-LA, POIS NÃO EXERCE FUNÇÃO PRÓPRIA DA FISCALIZAÇÃO, LIMITANDO-SE A VELAR PELA VALIDADE FORMAL DO ATO.

IN CASU, EM QUE PESEM AS ARGUMENTAÇÕES DA AGRAVADA, NÃO VERIFICO O ALEGADO CARÁTER CONFISCATÓRIO, TENDO EM VISTA QUE O NÃO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA VALIDA A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 56, II, §2º DA LEI ESTADUAL 6.763/75, NOS MOLDES AQUI VERIFICADOS.

A REQUERIDA REDUÇÃO DA MULTA MOSTRA-SE POSSÍVEL APENAS NA HIPÓTESE EM QUE SE CONSTATE DE MANEIRA INCONTROVERSA SUA NATUREZA CONFISCATÓRIA E /OU ANTE A NECESSIDADE DE SE CRIAR UMA HARMONIA ENTRE A MULTA APLICADA E A INFRAÇÃO COMETIDA, O QUE NÃO SE VERIFICA. REGISTRE-SE, POR OPORTUNO, QUE EM SITUAÇÃO SIMILAR À DESTES AUTOS, EM QUE CONTENDIAM OS ORA AGRAVANTE E AGRAVADA, ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA SE MANIFESTOU NO SEGUINTE SENTIDO:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - MULTA DE REVALIDAÇÃO - REDUÇÃO - DESNECESSIDADE - ARTIGO 56, §2º, DA LEI

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nº. 6.763/75, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº. 12.729/97 - COBRANÇA EM DOBRO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE IMPOSTO RETIDO EM DECORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DECISÃO REFORMADA.

APLICÁVEL O DISPOSTO NO ARTIGO 56, §2º, DA LEI Nº. 6.763/75, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº. 12.729/97, SEGUNDO O QUAL A MULTA DE REVALIDAÇÃO SERÁ COBRADA EM DOBRO, QUANDO O DÉBITO TRIBUTÁRIO REFERE-SE À AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO RETIDO EM DECORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. (AI Nº 1.0145.12.042003-2/001 - REL. DES. AFRÂNIO VILELA. JUL. 15/10/2013. PUB. 25/10/2013)

POR TUDO O QUE EXPOSTO, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, PARA REFORMAR A DECISÃO E MANTER A MULTA DE REVALIDAÇÃO EM 100% (CEM POR CENTO). (GRIFOS ACRESCIDOS)

Ademais, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco, em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, aplicada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75. Por sua vez, o Auto de Infração foi lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias, às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do que dispõe o art. 182 da Lei nº 6.763/75 (art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08).

A Fiscalização exigiu também a Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) sobre a diferença de base de cálculo do ICMS operação própria e da base de cálculo do ICMS/ST, com fulcro no inciso VII do art. 55 da Lei 6.763/75 (redação vigente até 31/12/11), em relação aos fatos geradores ocorridos até 31/12/11. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/12, foi exigida a Multa Isolada capitulada na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da referida lei (redação vigente a partir de 01/01/12). Confira-se:

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:

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

Redação a partir de 01/01/2012

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada; (grifou-se).

Contudo, a Autuada ao deixar de consignar nos campos "base de cálculo do ICMS" ou "base de cálculo do ICMS/ST" dos documentos fiscais, objeto da autuação, dá ensejo a aplicação da multa prevista no inciso XXXVII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo; (grifou-se)

Conforme reiteradas decisões deste Conselho, a conduta : **"deixar de consignar"** em documento fiscal a base de cálculo prevista na legislação tributária, não era penalizada pela lei mineira antes da inclusão do inciso XXXVII no art. 55 da Lei nº 6.763/75, pela Lei nº 19.978/11, que produziu efeitos a partir de 1º de janeiro de 2012.

Portanto, não se aplica ao caso dos autos a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75. Também não se adequa ao presente caso a penalidade prevista na alínea "c" do referido art. 55, pois não houve consignação de base de cálculo menor que a devida.

Lado outro, é equivocado o entendimento da Fiscalização de que a penalidade prevista no inciso XXXVII só se aplicaria aos casos em que a falta de consignação da base de cálculo do ICMS tivesse origem na incorreta aplicação do diferimento, suspensão, isenção ou não incidência por parte do contribuinte.

É clara a disposição da norma no sentido de que a conduta infracional nele prevista refere-se à falta de consignação de base de cálculo do imposto, ainda que em virtude de incorreta aplicação dos institutos mencionados.

No que tange à sujeição passiva, verifica-se que a Fiscalização incluiu o sócio administrador da empresa autuada Marconi Arruda Leal, como responsável solidário, no polo passivo da obrigação tributária, com fulcro no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

Segundo os Impugnantes, a responsabilização do sócio se dá com fulcro no art. 135, inciso III do CTN, que estabelece que os administradores, sócios, diretores só respondem pelas dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou

qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador e, ainda, quando tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos, todos apurados por procedimento regular administrativo ou judicial.

Ressaltam que os tribunais e a doutrina solidificaram o entendimento de que a ingerência do responsável tributário, no fato gerador, é indispensável para a imputação da responsabilidade pelos débitos.

Afirmam que não houve participação do sócio Marconi Arruda Leal, no nascedouro dos débitos constituídos por meio do presente Auto de Infração e que a menção ao citado sócio demonstra que as investigações, mesmo ultrapassando os seus limites legais, não alcançaram provas que pudessem comprovar o dolo em fraudar o Fisco ou inadimplir o tributo.

Por seu turno, a Fiscalização afirma que o Coobrigado foi incluído no polo passivo da obrigação tributária não apenas pela sua condição de sócio administrador da empresa autuada, mas por participar ou ter participado do quadro societário das empresas interdependentes, como restou demonstrado no quadro de fls. 20, qualificando-o como mentor e responsável por todos os atos que concorreram para o não recolhimento do tributo ora exigido.

Tal inferência permitiu à Fiscalização entender pela desnecessidade da inclusão das demais pessoas jurídicas, uma vez que, direta ou indiretamente, são administradas pelo Sr. Marconi, incluído no polo passivo da obrigação tributária, conforme previsto no inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

Destaca que tal dispositivo permite a inclusão como coobrigado de qualquer pessoa no polo passivo, independentemente de ser diretor, gerente ou representante.

Registra também a Fiscalização, que o Sr. Marconi, direta ou indiretamente, gerencia e administra as três empresas que claramente combinam preços de transferência abaixo do mercado, resultando em recolhimento a menor do ICMS. De acordo com a Fiscalização, esse fato demonstra a intenção das empresas, na pessoa de quem as administra, de não recolher o tributo devido, se subsumindo à norma supratranscrita.

Com razão a Fiscalização, pois 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 ao referido Coobrigado e, sim, a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública Estadual quando do recolhimento do ICMS/ST no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, contrariando o disposto na legislação de regência.

Induidoso que o Coobrigado tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pelas empresas autuada e fornecedoras, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos caracteriza a intenção de fraudar o Erário Estadual.

No caso dos autos, há comprovação de que o sócio administrador da empresa autuada praticou atos com infração de lei que resultaram nas exigências

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais, sendo correta, portanto, a eleição do Coobrigado com fulcro no art. 135, inciso III do CTN, c/c o art. 21, inciso XII c/c os §§ 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

(...)

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; (grifou-se).

Acresça-se, ainda, que há menção no relatório fiscal (fls. 08/16) que a Autuada, nas revendas das mercadorias adquiridas das empresas interdependentes, pratica nas saídas subsequentes margem de lucro no percentual de 303,50% (trezentos e três inteiros e cinquenta centésimos), notadamente superior à Margem de Valor Agregado - MVA média prevista na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 para as mercadorias autuadas, no percentual de 38,95% (trinta e oito inteiros e noventa e cinco centésimos).

Convém registrar, por oportuno, que a Fiscalização não lançou o crédito tributário fundamentando-se nessa comparação (MVA prevista no Anexo XV x margem de lucro praticada nas saídas das mercadorias pela empresa autuada).

Conforme já relatado, o lançamento decorre da aplicação do disposto no art. 113 e seguintes da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Contudo, tal constatação evidencia que os preços praticados nas operações entre os fornecedores estabelecidos no Estado do Espírito Santo e a Autuada tiveram como consequência o recolhimento do ICMS/ST em valores menores que os devidos, uma vez que o preço praticado pelos fornecedores foi ponto de partida para cálculo do ICMS/ST com aplicação da MVA prevista no RICMS/02 para as mercadorias autuadas.

As questões de cunho constitucional arguidas pela Defesa não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este Órgão Julgador a análise da matéria, nos termos do já citado art. 182 da Lei nº 6.763/75.

Ressalta-se que o indeferimento da juntada dos documentos protocolados pelo Patrono dos Autuados neste Conselho, no dia 28/07/14, deu-se porque os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

referidos documentos mostraram-se desnecessários ao deslinde da questão, pois, como se viu, a acusação fiscal diz respeito à inobservância do disposto no art. 113 e seguintes da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, não de omissão de receita e não está embasado em presunção, como consta de tais documentos.

Outros argumentos trazidos no bojo da referida documentação (inaplicabilidade da multa isolada exigida, ocorrência de *bis in idem* e outros) consta das impugnações ao lançamento apresentadas pelos Autuados e foram devidamente analisados nesta decisão.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir requerimento de juntada de documento protocolado no CC/MG em 28/07/14, ficando à disposição para sua retirada no Setor de Atendimento, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, nos termos da Deliberação nº 03/08 do Conselho Pleno. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pelos Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Borghi Moreira da Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor), Marco Túlio da Silva e Bernardo Motta Moreira.

Sala das Sessões, 30 de julho de 2014.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora**

T