

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.356/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000476094-76
Impugnação: 40.010141316-17
Impugnante: M Cassab Comércio e Indústria Ltda.
IE: 002131550.00-43
Coobrigados: M. Cassab Holding S.A.
CNPJ: 08.265002/0001-14
M. Shop Comercial Ltda
CNPJ: 01.490698/0001-33
Victor Cutait Neto
CPF: 038.157.878-07
Proc. S. Passivo: Franco Mauro Russo Brugioni/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - NÃO COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. O art. 135, inciso III do CTN atribui responsabilidade solidária a sócio gerente de pessoa jurídica pelos atos praticados com infração de lei. Todavia, para que haja essa responsabilização, é necessário que o sócio seja administrador de fato ou de direito da sociedade. Na ausência de comprovação do poder de gerência dos sócios, excluem-se os Coobrigados M. Cassab Holding S/A e M. Shop Comercial Ltda. do polo passivo da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência do sócio, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21, § 2º, incisos II, XII da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatada a circulação de mercadorias acobertadas por notas fiscais nas quais não houve o destaque do ICMS incidente nas operações de saída dos produtos resultantes do processo de industrialização. Infração caracterizada nos termos do art. 43, inciso XIV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - INTERNA. Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido, nos termos dos arts. 12, § 1º e 46, inciso II da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, na entrada em território mineiro de mercadoria sujeita a substituição tributária, relacionada no item 24, subitem 24.2.2 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, adquirida de contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

- saídas referentes à industrialização de mercadorias, efetuadas pela Autuada, por encomenda de contribuinte e destinadas a posterior circulação, sem o destaque do ICMS devido, nos meses de novembro e dezembro de 2015.

- falta de retenção e de recolhimento de ICMS/ST relativo a operações de entrada interestadual de Peróxido de Hidrogênio, NBM/SH 2847.00.00 (Item 24, Subitem 24.2.2, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, estabelecido pelo Decreto Estadual 46.137/13 – hipótese de ST interna), no período de maio/14 a novembro/15.

Exige-se ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Matriz da empresa Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 73/92.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 152/159.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, 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), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada 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 a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

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

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

É imprescindível destacar que a Ordem de Serviço (OS) ao revés do alegado pela Impugnante, no campo “Para uso da Fiscalização” (fls. 13), identifica-se o texto: “Verificação Apuração e Recolhimento de ICMS/ST relativo a Entradas Interestaduais”, e, no campo 03 – “Início da Ação Fiscal”, parte do documento “Auto de Início de Ação Fiscal”, de fls. 04, identifica-se o texto: “Nos termos do art. 70 do RPTA/MG, portanto verifica-se que o período a ser fiscalizado é 15/04/13 a 31/03/16”.

Descaracterizam-se, dessa forma, as arguições de nulidade por insuficiência de elementos de informação.

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

A Impugnante pleiteia 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 formula os quesitos de fls. 92.

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 pela própria Impugnante 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, aprovado 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.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado a autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

- saídas referentes à industrialização de mercadorias, efetuadas pela Autuada, por encomenda de contribuinte e destinadas a posterior circulação, sem o destaque do ICMS devido, nos meses de novembro e dezembro de 2015.

- falta de retenção e de recolhimento de ICMS/ST relativo a operações de entrada interestadual de Peróxido de Hidrogênio, NBM/SH 2847.00.00 (item 24, subitem 24.2.2, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, estabelecido pelo Decreto nº 46.137/13 – hipótese de ST interna), no período de maio/14 a novembro/15.

Conforme elucidado pela Fiscalização, a Impugnante equivocou-se quanto a interpretação da legislação vigente, no que diz respeito ao Peroxido de Hidrogênio, nos seguintes termos:

- a) o contribuinte mineiro, destinatário da mercadoria submetida ao regime de substituição tributária, relacionado na Parte 2, Anexo XV, do RICMS/02, em operação interestadual, é responsável pelo recolhimento do imposto devido a este Estado no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao remetente (art. 14, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02);
- b) a mercadoria Peróxido de Hidrogênio (água oxigenada), mesmo solidificado com ureia, NBM/SH 2847.00.00, consta do subitem 24.2.2 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. A Autuada adquiriu a mercadoria para comercialização (CFOP de entrada declarado: 2.102), conforme extrato do registro EFD C170 correspondente, de fls. 26 a 28. A Autuada efetuou, posteriormente, operações de saída (revenda) da mesma mercadoria para diversos destinatários conforme mencionado por ela (doc. 5, fls. 131/146);
- c) Ocorreu, portanto, a obrigatoriedade de apuração e de recolhimento do imposto pela Autuada na entrada em território mineiro (item “a”, retrocitado), uma vez que o fornecedor localiza-se no estado do Espírito Santo e a ST é interna. As mercadorias destinavam-se à comercialização, e não à industrialização, conforme declarado pela própria Autuada, não se aplicando, portanto, o disposto no inciso IV, art. 18, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02. Subsidiariamente, a Autuada efetuou operações de revenda da mercadoria para destinatários mineiros, configurando-se a circulação posterior, que constitui fundamento do regime de substituição tributária;
- d) o contribuinte que receber a mercadoria com o imposto retido por substituição tributária ou que tenha recolhido o imposto sob o referido título, em virtude da entrada da mercadoria em território mineiro ou no momento da entrada da mercadoria em seu estabelecimento e não destiná-la à comercialização, poderá apropriar-se, sob a forma de crédito, do valor do imposto que incidiu nas operações com a mercadoria (§ 8º, art. 66 do RICMS/02).

É possível concluir que as etapas anteriores de apuração e recolhimento do imposto correspondente e de verificação da destinação do produto, na entrada para a Autuada, previstas no Regulamento, não estão sendo consideradas pela Impugnante.

Nesse diapasão, caso a própria Autuada ou os contribuintes localizados neste estado, destinatários das operações de revenda, utilizassem a mercadoria em processo industrial, aplicar-se-ia o disposto no art. 66, § 8º do RICMS/02, item “d” supramencionado, na proporção da mercadoria aplicada no processo, obviamente, após apuração e recolhimento prévio do ICMS/ST por parte da Autuada, na entrada em território mineiro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lado outro, no que concerne à responsabilidade atribuída às Coobrigadas M. Cassab Holding S.A. e M. Shop Comercial Ltda, sócias capitalistas, o lançamento merece reparo.

Conforme denota-se dos documentos carreados aos autos, às fls. 127, a Autuada é uma filial da empresa, cuja matriz (ativa) encontra-se situada no município de São Paulo. Somente a filial fora baixada, conforme depreende-se do documento de fl. 45/46.

Neste *interim*, a atribuição de responsabilidade deve se ater ao disposto no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e não à Lei nº 11.598/07, uma vez que todas as responsabilidades da empresa estão situadas no âmbito da matriz, que ainda está ativa, o que inviabiliza o redirecionamento para todos os sócios da empresa, sem observar as hipóteses previstas no artigo citado do CTN.

Registra-se por oportuno a correta inclusão do Coobrigado, Victor Cutait Neto, CPF nº 038.157.878-07, em consonância ao disposto no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, inciso XII c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

(...)

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:

(...)

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

(Grifou-se).

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive 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 Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

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;

(...)

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, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, 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.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, 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 parcialmente procedente o lançamento para excluir do polo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

passivo da obrigação os Coobrigados M. Cassab Holding S.A. e M. Shop Comercial Ltda. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros (Revisora) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 15 de março de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator

CC/MIG

CS/