

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.633/20/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001416509-56
Impugnação: 40.010149342-99
Impugnante: Dia Brasil Sociedade Limitada
IE: 002161915.01-07
Coobrigados: Antônio Coto Gutierrez
CPF: 239.192.198-56
Freddy Wu
CPF: 234.823.428-90
Laurent Georges Elisabeth
CPF: 228.807.168-02
Luis Carlos Vianna
CPF: 011.561.168-13
Proc. S. Passivo: Leonardo Resende Alvim Machado/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA – CORRETA A ELEIÇÃO. Legítima a manutenção dos administradores no polo passivo da obrigação tributária, com fulcro no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, e art. 135, inciso III do CTN, à exceção de pessoa física que não compunha a administração da sociedade no exercício autuado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – NÃO PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Atribuição de responsabilidade em razão da sociedade no negócio jurídico. Entretanto, comprovado nos autos que a participação do Coobrigado Antônio Coto Gutierrez na sociedade somente se iniciou em dezembro de 2016. Exclui-se o Coobrigado do polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias, sujeitas à tributação normal e à tributação a título de substituição tributária, desacobertas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de levantamento quantitativo, procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194 do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75, observado o limite dos incisos I e II do § 2º do citado art. 55 da mencionada lei. Para as saídas desacobertas de mercadorias sujeitas à substituição tributária e entradas

desacobertadas de mercadorias sujeitas à tributação normal, exige-se somente a retrocitada multa isolada.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM). Constatado que a Autuada não recolheu o ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria – FEM (adicional de dois pontos percentuais na alíquota do imposto), nos termos do art. 2º e art. 3º, inciso I, alínea “a”, ambos do Decreto nº 46.927/15. Corretas as exigências do ICMS/ST relativo ao FEM e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias, sujeitas à tributação normal e à tributação a título de substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal, ensejando o recolhimento a menor de ICMS e ICMS/ST, no período de 2016. A infração foi apurada mediante levantamento quantitativo, nos termos do art. 194, inciso II do RICMS/02.

Exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75, observado o limite dos incisos I e II do § 2º do citado art. 55 da mencionada lei.

Para as saídas desacobertadas de mercadorias sujeitas à substituição tributária e entradas desacobertadas de mercadorias sujeitas à tributação normal, exige-se somente a retrocitada multa isolada.

Versa também o lançamento sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), no exercício de 2016.

Exigências do ICMS/ST relativo ao FEM e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75.

Detalhando as exigências, informa a Fiscalização que para o cálculo da multa de revalidação foi aplicado o percentual de 50% sobre o valor do ICMS e 100% sobre o valor do ICMS/ST. A multa isolada exigida pela regra do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/73 prevê a aplicação do percentual de 20% sobre o valor da operação.

Para cálculo da multa isolada (MI), observou-se as disposições do art. 55, § 2º, da lei nº 6.763/75, que limita o valor da multa indicada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação. Quanto às mercadorias isentas, observando esse mesmo dispositivo legal citado, aplicou-se 10% sobre as respectivas operações.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 38/64, juntando documentos de fls. 65/83 e requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 87/97, refuta as alegações da Defesa e requer, portanto, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

Nos termos do disposto nos arts. 146 e 147 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, a Assessoria do CCMG emite parecer de fls. 102/118, e opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência parcial do lançamento para excluir o Coobrigado Antônio Coto Gutierrez do polo passivo da obrigação tributária.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

A Impugnante argui como questão preliminar a necessidade de exclusão dos Coobrigados do polo passivo do lançamento.

Considerando o fato de que a responsabilidade do sócio origina-se da própria validade do lançamento, tem-se o tratamento da matéria como questão de mérito, analisada a seguir.

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias, sujeitas à tributação normal e à tributação a título de substituição tributária, desacobertas de documentação fiscal, ensejando o recolhimento a menor de ICMS e ICMS/ST, no período de 2016. A infração foi apurada mediante levantamento quantitativo, nos termos do art. 194, inciso II do RICMS/02.

Exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75, observado o limite dos incisos I e II do § 2º do citado art. 55 da mencionada lei.

Para as saídas desacobertas de mercadorias sujeitas à substituição tributária e entradas desacobertas de mercadorias sujeitas à tributação normal, exige-se somente a retrocitada multa isolada.

Versa também o lançamento sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), no exercício de 2016.

Exigências do ICMS/ST relativo ao FEM e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Detalhando as exigências, informa a Fiscalização que, para o cálculo da multa de revalidação foi aplicado o percentual de 50% sobre o valor do ICMS e 100% sobre o valor do ICMS/ST. A multa isolada exigida pela regra do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/73 prevê a aplicação do percentual de 20% sobre o valor da operação.

Para cálculo da multa isolada (MI), observou-se as disposições do art. 55, § 2º, da Lei nº 6.763/75, que limita o valor da multa indicada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação. Quanto às mercadorias isentas, observando esse mesmo dispositivo legal citado, aplicou-se 10% sobre as respectivas operações.

Em anexo ao Auto de Infração foram apresentados, entre outros documentos, DVD (fls. 29) com o resultado do quantitativo de 2016, onde consta o indicativo das diferenças nas operações de entrada, saída e/ou estoque sem nota fiscal.

Foram inseridos no polo passivo do lançamento os sócios-administradores da empresa, ora denominados “Coobrigados”.

A acusação fiscal passa pela constatação de entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo Financeiro de entradas, saídas e estoques de mercadorias, com a utilização das ferramentas do Auditor Eletrônico, das NF-e e do SPED encaminhado pela Autuada, conforme demonstrado nos anexos da autuação em epígrafe.

O procedimento adotado pela Fiscalização é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194 do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

(...)

A base da argumentação de defesa da Impugnante repousa na alegação de que a autuação foi lavrada diante de suposto descumprimento de obrigação acessória, qual seja, ausência de escrituração contábil de determinadas operações mas que também se cobra, indevidamente, valores de ICMS e de ICMS/ST que seriam de responsabilidade dos contribuintes substitutos.

No entanto, equivocou-se a Impugnante.

A constatação fiscal é de entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, deixando-se de recolher tanto o ICMS normal, por operação própria, como o ICMS a título de substituição tributária. Ou seja, não se trata de simples descumprimento de obrigação acessória.

Por óbvio, a constatação de operação desacoberta de nota fiscal autoriza a cobrança do tributo referente à operação, uma vez que o recolhimento do tributo está sempre lastreado em documento fiscal.

Além disso, de acordo com o art. 89, inciso I do RICMS/02 “*considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra: I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal*”.

Veja-se que a apuração se deu com base em elementos certos e critérios aritméticos, pautados nos registros e documentos fiscais informados pela própria empresa.

Esclareça-se, que o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID) tem por finalidade a conferência das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente, pelo confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e saídas, por produto, emitidas no período.

Por meio da combinação de quantidades, verifica-se a ocorrência de possíveis irregularidades, utilizando a seguinte equação:

$$\text{Estoque Inicial} + \text{Entradas} - \text{Saídas} = \text{Estoque Final}$$

Trata o LEQFID de procedimento tecnicamente idôneo utilizado pela Fiscalização para apuração das operações e prestações realizadas pelo sujeito passivo, nos termos do art. 194 do RICMS/02, como visto.

Consiste tal roteiro em uma simples operação aritmética de soma e subtração, onde o resultado é inquestionável, representando exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente.

Logo, é possível verificar, por exemplo, quando ocorre a emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia, neste caso, o levantamento informa que houve “saída sem estoque” (SSE), o que pressupõe a ocorrência de entrada de mercadoria desacoberta de documento fiscal.

Ou ainda, se ao final de um determinado período, o levantamento quantitativo apresentar a apuração de estoque de mercadorias menor do que o declarado pelo Contribuinte no livro Registro de Inventário ou apurado em levantamento físico verifica-se a ocorrência de estoque desacoberto de documento fiscal. Enquanto se a apuração do saldo final de estoque for maior do que o declarado pelo Contribuinte pressupõe-se que houve saída desacoberta de documentação fiscal. Tais ocorrências são constatadas ao final do levantamento quando é apresentado o resumo.

O fato de haver, para algumas mercadorias, previsão de tributação por substituição tributária com responsabilidade dos contribuintes substitutos, isso em nada impacta o lançamento.

Conforme destacado no campo “Base Legal” do relatório do Auto de Infração, tem-se a seguinte previsão da legislação tributária, Anexo XV do RICMS/02, que respalda a exigência do ICMS/ST da Autuada:

Art. 14. O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista no caput deste artigo aplica-se também ao estabelecimento depositário, na operação de remessa de mercadorias para depósito neste Estado.

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

§ 1º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria.

(...)

Por sua vez, a responsabilização solidária da Autuada é um instituto intrínseco à sistemática da substituição tributária e decorre de disposição expressa de da Lei nº 6.763/75.

Confira-se o dispositivo:

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

§ 18. Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19. Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

Nesses termos, só não seria cabível cobrança, da Autuada, das mercadorias sujeitas à substituição tributária, se houvesse a comprovação do pagamento anterior.

Caberia à Impugnante, numa demonstração global e ampla, demonstrar que todo o volume de saídas consideradas (por exemplo) teria entradas suficientes a suportar o montante de operações, haja vista, ser esta, mas em sentido reverso a premissa e fundamento de validade do lançamento.

Não obstante, a Impugnante resumiu-se a protestar pela realização de diligência para demonstração da correção de seus procedimentos, afirmando que possui rigorosos controles e regras de *compliance* em relação a suas operações e nenhuma mercadoria pode ser remetida ou recebida sem estar acobertada pelo documento fiscal, sem nada trazer aos autos, entretanto, que pudesse, nem que fosse por amostragem, referendar sua tese.

Dessa forma, não merece prosperar, ainda, a argumentação da Impugnante de que nunca fora intimada para trazer esclarecimentos ou documentos complementares que evidenciassem a ausência de circulação de mercadorias sem a devida documentação fiscal, uma vez que o presente Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, oportunidade em que poderia ter apresentado todos os esclarecimentos e documentos que entende comprovar a sua tese, em total observância ao princípio do contraditório.

Entretanto, conforme já mencionado, nenhuma prova veio aos autos.

Em relação à afirmação de que a lavratura de vários autos de infração ao mesmo tempo contra a requerente, com base em acusações fiscais idênticas (diferenciando-se entre si pelo período fiscalizado e estabelecimento autuado) teria prejudicado o trabalho da requerente, a Fiscalização ressalta que a defesa em nada é prejudicada, pelo contrário, pode até eventualmente favorecê-la, pois o prazo de impugnação começa a contar a partir da intimação de cada peça fiscal e não necessariamente de uma só vez englobando todo o crédito, como certamente ocorreria caso o Auto de Infração englobasse todos os exercícios conjuntamente.

Lado outro, aduz a Impugnante que não existe obrigação de pagamento de ICMS próprio e ICMS/ST na grande maioria das operações autuadas uma vez que consistiriam de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da própria empresa dentro do estado de Minas Gerais. Cita que a cobrança ofende o art. 155, inciso II da CF/88, e contraria as jurisprudências do STF e do STJ, inclusive Súmula nº 166.

Sobre o assunto, assim se manifestou a Fiscalização:

Na realidade, o resultado do levantamento quantitativo indica quais mercadorias entraram, saíram ou permaneceram em estoque desacobertas de documento fiscal. Essas mercadorias desacobertas é que serão alvo da tributação imposta pelo Auto de Infração.

Portanto, o que está sendo tributado nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição

tributária não é a transferência de mercadorias entre os estabelecimentos da Requerente, mas sim as entradas, saídas e a manutenção em estoque desses produtos desacobertos de documentos fiscais.

Com base no exposto, não se aplicam nem a Súmula nº 166 do STJ nem outras decisões dos Tribunais Superiores ao presente caso.

O que se cobra no presente Auto de Infração é o imposto decorrente de operações que se realizaram desacobertas de documentação fiscal.

Assim, se por exemplo, determinada operação de entrada de mercadorias se realizou sem documento fiscal, não há como dizer a procedência da mercadoria, ou seja, não há como a Impugnante afirmar e nem comprovar que se tratou de mercadoria advinda do estabelecimento “A” ou “B” em transferência.

O mesmo raciocínio vale para a cobrança referente ao estoque desacoberto e em relação à cobrança das saídas sem a emissão das respectivas notas fiscais. Não há como precisar o destino da mercadoria.

Por fim, informa a Impugnante ter identificado três situações corriqueiras no exercício da atividade da empresa varejista que foram desconsideradas pelo Fisco, mas que seriam abordadas de forma detalhada nos estudos técnicos que seriam oportunamente apresentados: 1ª) divergência entre as informações contidas no “Mapa Resumo” e as informações contidas nos cupons fiscais emitidos pela Requerente; 2ª) ocasional escrituração tardia de determinadas notas fiscais, mas escrituradas antes da lavratura do Auto de Infração; 3ª) não inclusão de determinadas perdas e quebras de mercadorias, causando distorções no que diz respeito à efetiva quantidade de mercadorias mantidas em estoque, apresentando a planilha constante da mídia eletrônica de fls.82.

A Fiscalização, por sua vez, analisa os argumentos apresentados e assim se manifesta:

A alegação de que o Fisco havia desconsiderado “três situações corriqueiras” que a Requerente cometeu no exercício de sua atividade não deve prosperar, haja vista serem ações operacionais de responsabilidade da empresa.

Dentro desse contexto, para as quebras e perdas de mercadorias existe procedimento específico do qual pode a Requerente se valer em suas rotinas operacionais.

O Artigo 71, inciso V, do Decreto 43.080/02 (RICMS) determina que:

Art. 71. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

V - vierem a ser objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por

qualquer motivo, da mesma mercadoria ou bem, ou de outra dela resultante, dentro do mesmo período em que se verificar o fato, ou no prazo de 30 (trinta) dias, em se tratando de calamidade pública, contado de sua declaração oficial;

Assim, o Requerente não demonstrou, em nenhuma passagem da Impugnação, ter observado as normas regulamentares sobre as suas perdas e quebras de mercadorias, além de não ter anexado documentos aos PTA.

Importa registrar que o momento oportuno para a apresentação de qualquer documentação ou estudos técnicos que sirvam como comprovação de suas alegações é a fase de impugnação, entretanto, a Impugnante limitou-se a argumentar sem apresentar quaisquer comprovações de suas alegações, conforme já mencionado.

Assim, no que tange ao requerimento para apresentação de documentos e novas evidências a comprovar a regularidade da atuação da empresa, nada há a ser deferido.

Quanto mais, ao se considerar o lapso temporal entre a apresentação da Impugnação da empresa e o julgamento no Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CCMG, sem que durante este período fosse trazido aos autos qualquer elemento de prova na forma aduzida pela Impugnante.

Dessa forma, corretas as exigências de ICMS e ICMS/ST.

Quanto à alegação de que o Auto de Infração seria improcedente porque deixou de elucidar os motivos pelos quais os referidos débitos seriam efetivamente devidos, invocando o art. 142 do CTN, verifica-se que a Impugnante apresenta uma argumentação confusa, em apenas um curto parágrafo, sem apresentar uma fundamentação clara e objetiva, misturando fundamentos de motivação e matéria.

De toda forma, observa-se que 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.

Consta do Relatório do Auto de Infração a motivação do lançamento, as infrações cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas.

A metodologia utilizada no presente trabalho está minuciosamente descrita no Relatório Fiscal, fls. 08/22.

Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Conforme já mencionado, o presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, conforme art. 12-A da Lei nº 6.763/75 e art. 2º e art. 3º, inciso I, alínea “a”, ambos do Decreto nº 46.927/15, é devido o adicional de alíquotas de 2% (dois por cento), relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), fato que sequer fora objeto de impugnação da Contribuinte, restando incontroverso o tema.

Veja-se a legislação de regência da matéria:

Lei nº 6.763/75

Art. 12-A. Fica estabelecido, para os fins do disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, com vigência até 31 de dezembro de 2019, o adicional de dois pontos percentuais na alíquota prevista para a operação interna que tenha como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do imposto, com as mercadorias abaixo relacionadas, inclusive quando a alíquota for fixada no regulamento do imposto:

(...)

DECRETO Nº 46.927/15

Art. 2º A alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS - RICMS -, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, será adicionada de dois pontos percentuais na operação interna que tenha como destinatário consumidor final, realizada até 31 de dezembro de 2022, com as seguintes mercadorias:

(...)

Art. 3º O disposto no art. 2º:

I - aplica-se, também:

a) na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação;

Assim, em relação às penalidades exigidas no presente processo, confirmada a correção da cobrança do imposto, mantém-se a respectiva Multa de Revalidação e Revalidação em dobro, previstas no art. 56, inciso II e art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, todos da Lei nº 6.763/75, que assim dispõem:

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:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Destaca-se que em relação ao FEM, a Fiscalização informa que todas as operações identificadas sem o recolhimento devido estão sujeitas à ST, portanto, aplicou-se a Multa de Revalidação em dobro.

No que tange à Multa Isolada aplicada, destaca-se que ela tem por fato gerador o descumprimento de obrigação acessória (receber, manter em estoque e dar saída de mercadoria sem documento fiscal) e foi exigida nos termos da legislação, com fulcro no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, observado o limite previsto no § 2º do mesmo artigo, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacompanhada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou da prestação.

Assim, para os produtos com alíquota inferior a 10% (dez por cento), verificou-se a necessidade de aplicação do limitador supratranscrito. Para as demais alíquotas, prevaleceu a regra do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, conforme esclarecido no Relatório do AI.

A Impugnante contesta as multas aplicadas.

Defende que a exigência da multa de revalidação, tanto a normal, como a em dobro, dependeria da demonstração do não recolhimento do imposto (art. 53, inciso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III da Lei 6.763/75), e não apenas sob a acusação de falta de emissão de documento fiscal.

Afirma que o Auto de Infração atribuiu a multa de revalidação em dobro apenas para as mercadorias mantidas em estoque sem documentação fiscal e que também estivessem sujeitas à ST, mas que a cobrança dessa forma não faz sentido, uma vez que a acusação que lastreia as saídas, entradas e estoques desacobertos seria a mesma.

Diz que as demais cobranças como entradas, saídas e mantimento de estoque de mercadorias, sujeitas ou não à ST, também foram sujeitas à multa de revalidação, mas sob o amparo do art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (50% do imposto).

Argumenta que houve também a cobrança da multa isolada, que igualmente à multa de revalidação, tem caráter punitivo.

Entende que há triplicidade da penalidade aplicada pela mesma infração.

Não obstante, verifica-se que as multas foram corretamente aplicadas, nos termos da legislação, inclusive no que tange aos percentuais diferenciados da multa de revalidação, conforme a especificidade da tributação da mercadoria, sujeita ou não à substituição tributária.

Repita-se que, inexistindo documento fiscal emitido, não há como considerar pago o imposto. Em hipótese contrária, caberia à Autuada demonstrar inequivocamente que o pressuposto estaria incorreto e não ao Fisco.

Por sua vez, a aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...)

É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

Assim, a ausência de recolhimento integral da obrigação principal sujeita o contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75, e, existindo ação fiscal, a pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal, bem como no mesmo art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III (mercadorias sujeitas a ST).

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55 da mencionada lei.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

Importa repetir, ainda, que para as saídas desacobertas de mercadorias sujeitas à substituição tributária e entradas desacobertas de mercadorias sujeitas à tributação normal, exige a Fiscalização somente a retrocitada multa isolada, não havendo exigência do imposto e da multa de revalidação.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

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 à afronta 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Portanto, não há qualquer reparo a ser promovido nos autos, quanto às penalidades aplicáveis. Correta a aplicação das multas na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

Por fim, a Defesa advoga a ilegitimidade passiva dos diretores como Coobrigados no Auto de Infração por, segundo seu entendimento, não haver justificativa ou embasamento legal para a referida inclusão. Acrescenta que o Auto de Infração não indica quais fatos ensejaram a atribuição de responsabilidade tributária aos administradores.

Não obstante, a responsabilidade dos administradores decorre de previsão expressa de lei: art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/1975, *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:

(...)

§ 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.

(...)

Veja-se que a transcrição desses dispositivos legais no lançamento, especificados para “Responsabilidade Tributária” no campo “Base legal” do

lançamento (fls. 05, 09, 11, 13, 17 e 19), já informam indubitavelmente o motivo de inclusão dos administradores na sujeição passiva do lançamento, haja vista a literalidade dos dispositivos combinado com o objeto do lançamento. Promover a entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal já constitui ato doloso com excesso de poder e infração à lei.

Significa dizer, *in casu*, mencionar quais fatos ensejaram a atribuição de responsabilidade tributária aos administradores, representaria transcrever os dispositivos legais acima mencionados, o que ilide qualquer prejuízo à defesa da Contribuinte.

Confirma essa assertiva a própria peça de defesa, quando a Impugnante discorre que *“a corresponsabilização somente é permitida caso fique comprovada a prática de condutas dolosas pelos administradores ou representantes de pessoa jurídica, isto é, a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei”*.

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 aos referidos Coobrigados, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira.

Induidoso que os Coobrigados tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa autuada, na qualidade de administradores, sendo certo que a realização das operações sem documentação fiscal tem a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Assim, diante da comprovação de atos praticados contrariamente à lei, está correta a inclusão na sujeição passiva dos Coobrigados.

Cumprido reiterar que o fundamento para responsabilização tributária solidária dos administradores encontra-se previsto em lei, conforme já abordado, além de transcritas as previsões constantes do CTN e da Lei nº 6.763/75.

Não obstante, decidiu a Administração Tributária do Estado, por intermédio da Subsecretária da Receita Estadual, publicar norma com o intuito de orientar os procedimentos de lançamento a serem realizados pela Fiscalização.

Nesse sentido, editou-se a Portaria nº 148/15, que estabelece hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia, de que trata o parágrafo único do art. 89 do RPTA.

No caso em tela, observa-se a previsão expressa no subitem 1.8.8 do Anexo Único da Portaria SRE nº148/2015, dispositivo este também constante do lançamento (fls. 05).

Não obstante, merece reparo a inclusão do sócio Antônio Coto Gutierrez, uma vez que ele apenas assume a administração da empresa em dezembro de 2016.

Diante o exposto, considerando que, à exceção do sócio Antônio Coto Gutierrez, as pessoas físicas incluídas como Coobrigadas deste Auto de Infração

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

detinham o *status* de sócias-administradoras do Sujeito Passivo no período da autuação, conforme documento de fls. 26/27, necessária a manutenção de seus nomes no polo passivo da autuação.

Em relação aos 04 (quatro) PTAs citados pela Impugnante, às fls. 45, afirmando que a 2ª Câmara, quando do julgamento dos citados processos, determinou a exclusão de todos os Administradores como coobrigados das autuações lavradas, observa-se que os mesmos PTAs encontram-se esperando para serem pautados para julgamento na Câmara Especial, portanto, as decisões citadas não são definitivas.

Ademais, as decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes não têm efeito vinculante.

Cumprе mencionar, por fim, que esta matéria esteve em análise do CC/MG em diversos PTAs, da própria Impugnante, com aprovação das exigências fiscais, como se pode verificar, a título de exemplos, nos Acórdãos n.ºs 22.312/19/2ª, 22.311/19/2ª, 22.310/19/2ª e 22.309/19/2ª.

Diante de todo o exposto, observa-se que as infrações cometidas pela Impugnante restaram devidamente comprovadas, o lançamento foi realizado com a plena observância da legislação tributária e, não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir o Coobrigado Antônio Coto Gutierrez, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Vencida, em parte, a Conselheira Flávia Sales Campos Vale (Relatora), que o julgava parcialmente procedente para excluir todos os Coobrigados. Designado relator o Conselheiro Geraldo da Silva Datas (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Ana Luiza Mancini de Oliveira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além do signatário e da Conselheira vencida, os Conselheiros Marco Túlio da Silva e Nayara Atayde Gonçalves Machado.

Sala das Sessões, 12 de novembro de 2020.

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Relator designado

D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.633/20/1ª Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.001416509-56

Impugnação: 40.010149342-99

Impugnante: Dia Brasil Sociedade Limitada

IE: 002161915.01-07

Coobrigados: Antônio Coto Gutierrez

CPF: 239.192.198-56

Freddy Wu

CPF: 234.823.428-90

Laurent Georges Elisabeth

CPF: 228.807.168-02

Luis Carlos Vianna

CPF: 011.561.168-13

Proc. S. Passivo: Leonardo Resende Alvim Machado/Outro(s)

Origem: DF/Juiz de Fora - 1

Voto proferido pela Conselheira Flávia Sales Campos Vale, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

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

Estabelece o art. 135 do Código Tributário Nacional acerca da responsabilidade tributária:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Para atribuição do responsável tributário, não basta que ele conste no rol do art. 135 do CTN. Deverá este praticar conduta definida pela norma, a qual, necessariamente, deverá conter o elemento do dolo.

Nesse sentido, Maria Rita Ferragut explica:

Para que identifiquemos o fato típico e antijurídico previsto no artigo 135, a conduta do agente deve ser

necessariamente dolosa. O elemento subjetivo, aqui, significa que a responsabilidade nasce somente se o administrador agir intencionalmente, com o animus de praticar a conduta típica (...).

Assim, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, no tocante à eleição dos sócios-administradores para o polo passivo da obrigação tributária o trabalho fiscal merece reparo, considerando que o Auto de Infração analisado, versa sobre infrações apuradas por meio de um levantamento quantitativo em empresa que possui diversas filiais em todo território brasileiro.

Conforme se observa das planilhas que acompanham os autos, no levantamento realizado foram apuradas pequenas diferenças em diversos produtos, que em razão do elevado número de itens comercializados atingem valores expressivos.

Contudo, nenhuma conduta dos administradores que tivesse sido praticada com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto restou demonstrada que pudesse ensejar a sua responsabilização no presente caso.

Apenas o fato de terem sido apuradas diferenças de estoque no caso analisado, não é capaz, por si só, de demonstrar que não houve tentativa de saná-las, ou mesmo que qualquer ato ou omissão dos administradores tenha contribuído para sua ocorrência a ensejar sua responsabilização pessoal, nos termos dos artigos retrocitados.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir os coobrigados do polo passivo.

Sala das Sessões, 12 de novembro de 2020.

**Flávia Sales Campos Vale
Conselheira**