

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 22.743/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001857840-01
Impugnação: 40.010151690-65, 40.010151691-46 (Coob.)
Impugnante: Fernando Alves Ferreira - Indústria de Doces
IE: 001787097.00-42
Fernando Alves Ferreira (Coob.)
CPF: 042.935.156-90
Proc. S. Passivo: Públio Emílio Rocha/Outro(s)
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS - RETORNO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. Constatado que o Sujeito Passivo deixou de recolher o ICMS, tendo em vista saídas de mercadorias em operação de retorno de industrialização, acobertadas com notas fiscais por ele emitidas, sem que este tivesse consignado a base de cálculo prevista na legislação e, por consequência, realizado o destaque do ICMS devido. Infração caracterizada. Corretas as exigências do ICMS apurado, acrescido da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde ilimitadamente pelos créditos tributários constituídos, nos termos do art. 21, § 2º, da Lei nº 6.763/75, c/c art. 135, inciso III, do CTN e arts. 966 e 967 do Código Civil. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante conferência de arquivos eletrônicos e notas fiscais, que o Sujeito Passivo deixou de recolher ICMS, no período de 01/02/16 a 31/07/16, tendo em vista saídas de mercadorias em operação de retorno de industrialização, acobertadas com notas fiscais por ele emitidas, sem que este tivesse consignado a base de cálculo prevista na legislação e por consequência, realizado o destaque do ICMS devido.

As operações de saídas verificadas da Autuada são as relacionadas ao retorno de industrialização efetuada com destino ao contribuinte encomendante José Alves Ferreira Júnior EPP, IE nº 711226826.00-61.

A Autuada emitiu as notas fiscais de retorno de industrialização, constando o valor da industrialização realizada, sem o destaque do imposto. A numeração das 22.743/21/2ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

notas fiscais identificadas na situação mencionada acima, nas quais consta a operação de retorno de industrialização realizada, são: 000001758 (de 01/02/16), 000001784 (de 17/02/16), 000001852 (de 31/03/16), 000001875 (de 20/04/16), 000001898 (de 06/05/16), 000001923 (de 31/05/16) e 000001996 (de 25/07/16).

A Infração foi caracterizada nos termos dos art. 2º, inciso VI e art. 42, inciso I, alínea “e” c/c art. 89, inciso IV, todos da Parte Geral do RICMS/02 e ainda art. 13, inciso IV da Lei nº 6.763/75.

São exigidos o ICMS sobre a industrialização, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

A Autuada foi cientificada da atividade fiscalizatória por meio da intimação do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000036295.27, em 09/11/20, quando o Contribuinte pôde tomar conhecimento do objeto a ser fiscalizado e foi intimado a apresentar os comprovantes de recolhimento do imposto referente ao retorno de industrialização, conforme notas fiscais discriminadas no AIAF.

O Sr. Fernando Alves Ferreira, empresário individual (CPF nº 042.935.156-90), foi inscrito no polo passivo na condição de Coobrigado, por força do art. 21, inciso XII c/c § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c arts. 966 e 967 da Lei nº 10.406/02 e art. 789 da Lei nº 13.105/15.

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 26/32, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 46/57.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Os Impugnantes alegam, em preliminar, que, por ocasião da abordagem, frisaram que o destaque do ICMS não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade deles, em decorrência de força maior.

Reclamam de falta de fundamentação da decisão da Fiscalização de passar à autuação, sem apresentar sua justificativa aos Impugnantes.

Afirmam possuir o direito de tomar conhecimento dos critérios fáticos e jurídicos que a administração tributária adotou para entender pela punição.

Por estas razões, inferem que o Auto de Infração é nulo de pleno direito.

Entretanto, razão não lhes assiste, pois, se o Contribuinte deixou de apor nas notas fiscais a base de cálculo do ICMS e o destaque do imposto correspondente, a mera alegação de “força maior” não tem o condão de afastar a vinculação a que está submetida a Fiscalização, frente à constatação de descumprimento da legislação tributária, como é o caso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

E apesar de alegarem a força maior como justificativa, os Impugnantes chegam a admitir na Impugnação que a irregularidade decorre de um equívoco, equívoco este cometido pela Autuada. Tal circunstância não se mostrou fruto de força maior.

E quanto à exigência apresentada pelos Impugnantes de esclarecimentos prévios do Fisco sobre a autuação, é plausível perceber que estes foram prestados por meio da redação da peça fiscal, a qual traz 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), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que os Impugnantes compreenderam e se defenderam 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.

Por outro lado, não há no processo administrativo tributário uma obrigação do Fisco em justificar, previamente, ao contribuinte a ineficácia de sua explicação preliminar.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Impugnantes 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.

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

Do Mérito

Como relatado, a presente autuação versa sobre a constatação, mediante conferência de arquivos eletrônicos e notas fiscais, que o Sujeito Passivo deixou de recolher ICMS, no período de 01/02/16 a 31/07/16, tendo em vista saídas de mercadorias em operação de retorno de industrialização, acobertadas com notas fiscais por ele emitidas, sem que este tivesse consignado a base de cálculo prevista na legislação e por consequência, realizado o destaque do ICMS devido.

As operações de saídas verificadas da Autuada são as relacionadas ao retorno de industrialização efetuada para o contribuinte José Alves Ferreira Júnior EPP, IE nº 711226826.00-61.

A Autuada emitiu as notas fiscais de retorno de industrialização, constando o valor da industrialização realizada, sem o destaque do imposto. A numeração das notas fiscais identificadas na situação mencionada acima, constando a operação de saída de industrialização realizada, são: 000001758 (de 01/02/16), 000001784 (de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

17/02/16), 000001852 (de 31/03/16), 000001875 (de 20/04/16), 000001898 (de 06/05/16), 000001923 (de 31/05/16) e 000001996 (de 25/07/16).

São exigidos o ICMS sobre a industrialização, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

A infração foi caracterizada nos termos dos art. 2º, inciso VI e art. 42, inciso I, alínea “e” c/c art. 89, inciso IV, todos da Parte Geral do RICMS e ainda art. 6º, inciso IV e art. 13, inciso IV da Lei nº 6.763/75, que assim dispõem:

Lei nº 6.763/75

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, prevista no inciso VI do artigo 6º, o valor da operação;

(...)

RICMS/02

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

Art. 89. 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:

(...)

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso em análise, houve operações de saída de mercadorias do cliente José Alves Ferreira Júnior EPP com destino à Autuada, visando à submissão das mesmas a processo de industrialização.

Essas operações são submetidas à suspensão da incidência do imposto, conforme disposto no art. 19 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 19. A incidência do imposto fica suspensa nas hipóteses:

I - previstas no Anexo III;

(...)

As operações de retorno de industrialização das mercadorias ao estabelecimento de origem mantêm o benefício da suspensão da incidência do imposto, **sem prejuízo do imposto devido pela industrialização** ou pelo emprego de mercadoria em decorrência de serviço, quando for o caso, conforme disposto no item 5 do Anexo III do RICMS/02, abaixo transcrito:

Anexo III - Da Suspensão

ITEM	HIPOTHESES/CONDIÇÕES	EFICÁCIA ATÉ
ITEM 5	Saída de mercadoria de que tratam os itens 1 a 4, em retorno ao estabelecimento de origem, sem prejuízo do imposto devido pela industrialização ou pelo emprego de mercadoria em decorrência de serviço, quando for o caso.	31/12/2032

Curioso observar que o Contribuinte aponta como descrição da operação realizada, nas notas fiscais objeto da autuação, a expressão: “remessa para industrialização”, como se não fosse ele mesmo o industrializador.

Já na descrição da mercadoria indica apenas a palavra “industrialização”, o que significa dizer que, em contradição com a menção à operação de remessa para industrialização, trata-se, a cada nota fiscal mencionada, de retorno de industrialização. E este é fato gerador do ICMS, devendo o Contribuinte lançar a base de cálculo da operação, destacar e recolher o imposto.

Contudo, como se observa nos campos próprios das notas fiscais apresentadas no Anexo II (fls. 13/20), a Autuada deixou de recolher o imposto devido a título de industrialização, no período de 01/02/16 a 31/07/16, na medida em que não consignou nas mesmas a base de cálculo correspondente e, por consequência, não realizou o destaque do imposto.

Não pode prosperar a alegação dos Impugnantes de que teria havido um pequeno equívoco na escrituração e no sistema adotado pela empresa, sem que isso ensejasse qualquer má-fé, passível de punição.

O art. 136 da Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional (CTN) dispõe que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Veja-se:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

A multa de revalidação foi aplicada em 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto exigido, nos termos do art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Já a multa isolada aplicada, conforme previsto no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, molda-se à infração cometida, já que assim descreve a conduta delituosa a ser punida com a multa:

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, a base de cálculo prevista na legislação, ou consigná-la com valor igual a zero, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

Os Impugnantes mencionam jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que seria inconstitucional a aplicação de qualquer sanção administrativa tributária, tanto em caráter federal, estadual e municipal, em percentual superior ao real valor do tributo devido pelo Contribuinte.

Nota-se que, enquanto o ICMS foi calculado utilizando-se a alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre o valor da industrialização, a multa isolada representa 20% (vinte por cento) sobre a mesma base de cálculo, resultando, assim, maior do que o valor do imposto exigido.

Contudo, como exposto acima, a aplicação da multa isolada encontra-se prevista na legislação vigente já mencionada, o que lhe assegura seu fundamento e validade.

Por outro lado, o argumento da inconstitucionalidade da aplicação desta penalidade, no âmbito deste Conselho, encontra a restrição imposta pelo art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante no item 3 do § 5º:

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

(...)

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

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

(...)

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

Além disso, no caso do presente processo, a pessoa jurídica autuada é uma firma individual, modalidade de sociedade em que o patrimônio da empresa se confunde com o do próprio titular, sendo ilimitada a responsabilidade deste, não fazendo sentido, portanto, qualquer arguição de ilegitimidade passiva.

Cumprir destacar que a condição de empresário individual tem previsão nos arts. 966 e 967 do Código Civil (Lei nº 10.406/02) e, neste caso, não existe distinção de personalidade jurídica entre a pessoa física e a pessoa jurídica, veja-se:

Lei nº 10.406/02 - (CC)

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Para todos os efeitos legais, o empresário individual é pessoa física, embora inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ. Não há separação do patrimônio das pessoas físicas e jurídicas. A responsabilidade patrimonial é ilimitada.

São várias as decisões de nossos tribunais nesse sentido, dentre as quais podem ser destacadas:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FIRMA INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TITULAR. LEGITIMIDADE PASSIVA.

I - CONQUANTO SEJA POSSÍVEL NOVO DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA INCLUIR OS SÓCIOS NO POLO PASSIVO DO EXECUTIVO FISCAL MOVIDO CONTRA EMPRESA EXECUTADA, "É NECESSÁRIO QUE A FAZENDA PÚBLICA ESPECIFIQUE O FUNDAMENTO QUE LHE AUTORIZA AFIRMAR A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO, CABENDO-LHE TRAZER AOS AUTOS DA EXECUÇÃO ELEMENTOS QUE CORROBREM A SUA ALEGAÇÃO" (AG 2003.01.00.003134-6/MG, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, 8ª TURMA DO TRF DA 1ª REGIÃO, JULGADO EM 22/10/2003).

II - EM SE TRATANDO DE FIRMA INDIVIDUAL, TODAVIA, A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO É ILIMITADA, E SEU PATRIMÔNIO SE CONFUNDE COM O DA EMPRESA. PRECEDENTES: STJ, RESP 507317/PR, REL. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU/I DE 08/09/2003, P. 241; TRF-1ª REGIÃO, AC 1997.01.00.032436-6/RR, REL. JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES, SEGUNDA TURMA SUPLEMENTAR, DJU/II DE 14/11/2002, P. 362; ENTRE OUTROS.

III - AGRAVO PROVIDO.

(TRF1 - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AG 4807 RR 2003.01.00.004807-2 - PUBLICAÇÃO: 27/02/2004 DJ P.97)

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO POR TRIBUTOS A CARGO DA PESSOA JURÍDICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

"1. É DA ESSÊNCIA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO A BUSCA DA SATISFAÇÃO RÁPIDA E EFICAZ DO CREDOR. POR ESSE MOTIVO, O NOSSO SISTEMA PROCESSUAL ESTABELECEU COMO CONDIÇÃO ESPECÍFICA DOS EMBARGOS DO DEVEDOR A SEGURANÇA DO JUÍZO, CAPAZ DE TORNAR ÚTIL O PROCESSO APÓS A REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

2. TODAVIA, A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO TÍTULO EXECUTIVO QUE POSSAM SER DECLARADOS DE OFÍCIO, VÊM ADMITINDO A UTILIZAÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, CUJA PRINCIPAL FUNÇÃO É A DE DESONERAR O EXECUTADO DE PROCEDER À SEGURANÇA DO JUÍZO PARA DISCUTIR A INEXEQÜIBILIDADE DE TÍTULO OU A ILIQUÍDEZ DO CRÉDITO EXEQÜENDO.

3. VERSANDO A CONTROVÉRSIA RESPONSABILIDADE DE SÓCIO POR TRIBUTOS DEVIDOS PELA PESSOA JURÍDICA, A SOLUÇÃO REPOUSA NO EXAME DE PROVAS.

4. TRATANDO-SE DE FIRMA INDIVIDUAL, A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO É ILIMITADA, O QUE, A FORTIORI, OBSTA A ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, MORMENTE EM SE TRATANDO DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, ONDE NÃO SE ADMITE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO." G.N."

(STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 507.317 - PR - DJ 08/09/2003 P. 241)

Correta, portanto, a inclusão do Sr. Fernando Alves Ferreira (CPF nº 042.935.156-90), sócio-administrador da empresa individual, no polo passivo da obrigação tributária, nos termos previstos no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Gislana da Silva Carlos (Revisora) e Cindy Andrade Morais.

Sala das Sessões, 07 de julho de 2021.

**Alexandre Périssé de Abreu
Relator**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente**

D