

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.009/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001661938-85
Impugnação: 40.010150511-53
Impugnante: L.A Distribuidora Ltda
IE: 001777616.00-32
Coobrigados: Alessandra Rodrigues Carrijo
CPF: 030.504.876-74
Dorcas Rodrigues Carrijo
CPF: 480.877.936-68
Proc. S. Passivo: Jorge Vinícius Salatino de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO – COMPROVAÇÃO O PODER DE GERÊNCIA. Os sócios-administradores respondem pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - CIGARROS. Constatada a falta do recolhimento do ICMS/ST nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apurada por meio da análise do imposto lançado em Termo de Autodenúncia, com aplicação de código de receita incorreta e alíquota a menor, não sendo observado o Capítulo 04 da Parte 2 do Anexo XV e a alínea “a1” do inciso I do art. 42, todos do RICMS/02.

Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de falta do recolhimento do ICMS/Substituição Tributária nas saídas de cigarros de palha desacobertados de documentação fiscal, apurada por meio da análise do imposto lançado sob rubrica incorreta em Termo de Autodenúncia e aplicação de alíquota a menor, não sendo observado o Capítulo 04 da Parte 2 do Anexo XV e a alínea “a1” do inciso I do art. 42, todos do RICMS/02, no período de setembro de 2015 a julho de 2019.

Está sendo exigido o ICMS/ST e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Conforme mencionado, esse processo é originário do Termo de Autodenúncia, PTA nº 05.000310086.91, no qual a Autuada informa a ocorrência de saídas de cigarros palheiros desacobertadas de documentação fiscal.

O polo passivo, por observância do art. 21, §2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e art. 135, inciso III, do CTN, é composto pelos sócios-administradores da empresa.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 31/42, juntando os documentos de fls. 43/112.

A Fiscalização intima a Autuada a apresentar elementos comprobatórios de que as operações se deram na forma descrita na Impugnação, ou seja, tendo como origem a L&A Distribuidora e destinadas a consumidores finais (fls. 117/122).

A Impugnante manifesta-se às fls. 124/126, juntando os documentos de fls. 127/163.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 165/169.

A Câmara de Julgamento converte o julgamento em diligência (fls. 176).

A Fiscalização manifesta-se às fls. 178/180.

Aberta vista à Autuada, que comparece novamente aos autos, às fls. 188/189.

A Fiscalização, então, apresenta o arrazoado de fls. 192.

DECISÃO

Da Preliminar

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

Entretanto, razão não lhe assiste, pois, tanto o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF, quanto o Auto de Infração contêm 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.

Importante ressaltar que a intimação do AIAF se deu por edital, em 19/05/20 (fls. 05) e via correios, posteriormente, em 10/07/20 (fls. 03), portanto, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa da Contribuinte, como alegado pelo Impugnante.

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, qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa.

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.

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

Do Mérito

Conforme acima relatado, a autuação versa sobre a constatação de falta do recolhimento do ICMS/Substituição Tributária nas saídas de cigarros de palha desacobertados de documentação fiscal, apurada por meio da análise do imposto lançado sob rubrica incorreta em Termo de Autodenúncia e aplicação de alíquota a menor (18%, quando o correto seria 25%), não sendo observado o Capítulo 04 da Parte 2 do Anexo XV e o inciso I do art. 42, todos do RICMS/02, no período de setembro de 2015 a julho de 2019.

Está sendo exigido o ICMS/ST e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Conforme mencionado, esse processo é originário do Termo de Autodenúncia, PTA nº 05.000310086.91, no qual a Autuada informa a ocorrência de saídas de cigarros palheiros desacobertadas de documentação fiscal.

O polo passivo, por observância do art. 21, §2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e art. 135, inciso III, do CTN, é composto pelos sócios-administradores da empresa.

A Autuada apresenta Impugnação, alegando, em síntese:

- que, de acordo com seu contrato social, explora o comércio varejista de cigarros;
- que para haver a incidência do ICMS/ST é necessário que ocorra um fato imponível e que a mercadoria seja destinada a contribuinte, com o fim de comercialização ou industrialização;
- que na Denúncia Espontânea não constou o lançamento do ICMS/ST, porque as saídas desacobertadas se deram diretamente para consumidores finais;
- que corrobora seu entendimento a emissão de NFe em pequenas quantidades, diretamente a consumidores finais e que não ocorreram operações posteriores;
- pede pela procedência da impugnação.

Junta declarações de consumidores finais e cópias e NFs de saídas.

A Fiscalização intima a Autuada para apresentar elementos comprobatórios de que as vendas foram efetivadas diretamente a consumidores finais.

Em atendimento à intimação, a Impugnante reforçou os termos da Impugnação, reafirmando que as vendas ocorreram a consumidores e fez juntada de diversas outras declarações de supostos consumidores finais.

A Fiscalização manifesta-se, sob os seguintes argumentos:

- que pela análise do termo de Auto Denúncia, observa-se a aplicação da alíquota de 18% sobre as operações, indo em desencontro à subalínea a1 do inciso I do art. 42 do RICMS/02;
- que relativamente às supostas vendas a consumidores, os próprios números do Termo de Autodenúncia expõem a fragilidade desta argumentação, visto que:
 - O preço médio do maço de cigarro de palha no período autuado é de R\$ 4,20. (dados extraídos das NFe's de emissão da impugnante);
 - A Impugnante acusa a venda a consumidores no valor de R\$ 2.207.754,72, no período a que se refere a Auto Denúncia, 47 meses;
 - Considerando a média de 22 dias úteis por mês, é autorizado afirmar que são vendidos a consumidores 508 maços por dia, ou 10.160 cigarros de palha, considerando que cada maço contém 20 cigarros;
 - que outros registros põem a versão da Impugnante sob suspeita, ou seja:
 - Conforme consta das NFE's emitidas pela empresa, foram vendidos 527.818 maços de cigarro no período da autuação;
 - Foram vendidos 28.100 maços de cigarro a consumidores finais com cobertura de notas fiscais no mesmo período;
 - As vendas cigarros de palha a consumidores alcançaram a proporção de apenas 5,32% do total;
 - pede pela procedência do lançamento.

O presente processo veio a julgamento nessa Câmara, em 19/05/21, quando houve a conversão em diligência, para que a Fiscalização demonstrasse, de forma detalhada, por documento fiscal, como foi efetuado o cálculo do ICMS/ST, constante da planilha de fls. 19/20, com o respectivo embasamento legal.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 178/179, intimando a Autuada, que se manifesta ratificando a Impugnação e, da mesma forma, a Fiscalização confirma os argumentos anteriormente apresentados.

Cumprе ressaltar que a presente autuação diz respeito ao referido Termo de Autodenúncia constante da mídia de fls. 22, relativamente ao seu item 2, que se refere a seguinte ocorrência denunciada:

“2- Promoveu a saída de mercadorias (cigarros palheiros) sem emissão de documento fiscal competente e sem o recolhimento do ICMS devido nos exercícios de 2.015, 2.016, 2.017, 2.018 e 2.019, conforme valores demonstrados em planilhas anexas, apuradas através de relatórios de vendas. Também não existe entradas dessas

mercadorias, pois são oriundas da transformação manual de palha e fumo em cigarro de palha.”

De fato, consta das planilhas anexas ao mencionado Termo, o *faturamento*; a *receita apurada*; a *diferença* e o *ICMS devido*, de onde se pode inferir que a alíquota utilizada para o cálculo do imposto não recolhido (denunciado) foi de 18% (dezoito por cento), quando o correto seria de 25% (vinte e cinco por cento), nos termos do art. 42, inciso I, alínea “a1” do RICMS/02.

Assim, está sendo exigida a diferença do imposto (lançado no Termo com o código de receita 320-2 - *ICMS Comércio – Outros*), sob o código de receita 323-6 (*ICMS/ST – notificação*), visto que, de fato, é devido o ICMS/ST na saída de charutos, cigarilhas e cigarros, de tabaco ou do seus sucedâneos, conforme consta do capítulo IV da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Quanto à alegação da defesa de que se trata de saídas para consumidores finais, caberia à Autuada fazer essa prova, por se tratarem de operações desacobertadas de documentação fiscal, portanto, sem a comprovação do destino.

Todavia, o que há nos autos, é a informação da Fiscalização de que, conforme NFs emitidas pela Autuada, apenas 5,32% (cinco vírgula trinta e dois por cento) são destinadas a consumidor final e o volume de mercadorias, objeto da denúncia, perfaz uma média de venda diária de 508 (quinhentos e oito) maços, o que não seria condizente com venda a varejo, até pela própria estrutura física do estabelecimento autuado.

Assim, correta a cobrança da diferença entre a alíquota do ICMS denunciado e o previsto na legislação que rege à matéria, bem como da correspondente Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, em face do não recolhimento do ICMS/ST tempestivamente.

A inclusão dos sócios-administradores no polo passivo da obrigação tributária, encontra-se devidamente tipificada no Auto de Infração, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e do art. 135, inciso III, do CTN, em decorrência dos fatos constatados na presente ação fiscal:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

As infrações narradas no Auto de Infração, devidamente caracterizadas nos autos, não se confundem com mero inadimplemento, tratando-se, na verdade, de atos contrários à lei, de infrações em cuja definição o dolo específico é elementar.

Assim, quando existe infração à lei tributária, há responsabilidade solidária pelo crédito tributário dos sócios-gerentes, administradores, diretores, dentre outros, na dicção do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) que tem o mesmo alcance do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

E desse modo, responde solidariamente pelo crédito tributário em exame, os administradores, que efetivamente são aqueles que participam das deliberações e dos negócios da empresa. No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Gislana da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 10 de novembro de 2021.

**Cindy Andrade Moraes
Relatora**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor**

D