

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.280/11/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000165479-67
Impugnação: 40.010127610-52, 40.010129093-27 (Coob.), 40.010129094-08 (Coob.), 40.010129096-53 (Coob.), 40.010129095-72 (Coob.)
Impugnante: Armazéns Gerais Delfinópolis Ltda
IE: 212237284.00-99
Aniel de Souza Ribeiro Júnior (Coob.)
CPF: 033.813.366-65
Antônio Carlos de Oliveira (Coob.)
CPF: 708.592.566-34
Mardelei dos Santos Lara (Coob.)
CPF: 490.591.906-10
Romero Machado Campos Júnior (Coob.)
CPF: 648.487.106-00
Coobrigado: Vítor Leite da Silva
Proc. S. Passivo: Mateus Lopes da Cunha Frank/Outro(s)/Jadir Antônio Campos Júnior/Outro(s)(Coob.)
Origem: DF/Passos

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – SOLIDARIEDADE. Os Coobrigados são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais apuradas com base no confronto das notas fiscais emitidas pela Autuada com as informações obtidas por meio dos documentos constantes nos autos do processo judicial de crime contra o patrimônio em tramitação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso VII da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertadas, apuradas com base nas informações obtidas por meio dos seguintes documentos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Portaria de Instauração do Inquérito Policial nº 0151 07 023142-9 da Delegacia de Polícia de Delfinópolis/MG (fls. 07/08);
- Ofícios nºs 307/48 DRPC/DPD/2007 e 348/07 da Delegacia de Polícia de Delfinópolis/MG (fls. 10/13);
- Termo de Acordo entre as Partes (fls. 15/17);
- Denúncia formalizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (fls. 19/23);
- Instrumento Particular de Transação (fls. 25/29).

Os documentos supracitados constam dos autos do Processo Judicial de Crime contra o Patrimônio nº 0151.07.023142-9 em tramitação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), referente à venda de 91.030,85 (noventa e um mil e trinta vírgula oitenta e cinco) sacas de milho depositadas no armazém geral sem anuência dos depositantes, para as quais a Autuada não emitiu documentos fiscais.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 39/50.

O Fisco reformulou o crédito tributário mediante alteração do Relatório do Auto de Infração, às fls. 64/69.

Regularmente intimada, a Autuada apresentou aditamento à impugnação às fls. 72/74.

O Fisco apresentou sua manifestação às fls. 76/87.

Na sessão de 19/11/10, a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais acordou, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia por ser desnecessária à elucidação dos fatos. Também em preliminar, à unanimidade, em converter o julgamento em diligência para que o Fisco inclua no polo passivo da obrigação tributária os sócios administrativos e o gerente, conforme fls. 06/22. (fls. 96).

O Fisco, às fls. 123/127, reformulou o crédito tributário, com alteração da sujeição passiva, conforme decisão do Conselho de Contribuintes.

Regularmente intimada, a Autuada apresentou nova impugnação às fls. 146/148.

Intimados, os Coobrigados também apresentaram impugnação, fls. 150/167.

O Fisco novamente se manifestou às fls. 177/197.

DECISÃO

Das Preliminares

Do Pedido de Perícia

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante/Autuada pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender necessária à elucidação de eventuais obscuridades do processo.

Para tanto, formula os quesitos de fls. 41.

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.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Autuada em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Se a matéria tratada nos autos versar sobre questão eminentemente de direito, quanto ao reconhecimento ou não da percepção de diferença salarial, decorrente da conversão de URV, desnecessária a realização de prova pericial contábil, a qual poderá ser realizada, acaso necessário, em sede de execução. A prova pericial somente se apresenta necessária quando a informação depender da opinião de especialista na matéria que escapa do universo de conhecimento do Julgador, hipótese essa não caracterizada no caso vertido. Assim, indefere-se o pedido (Processo número 1.0024.05.661742-6/001(1), Relator: Célio César Paduani, TJMG)

Ademais, prescreve o art. 142, inciso II 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;
- b) de realização impraticável;
- c) considerado meramente protelatório.

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.

Deste modo, é desnecessária a produção de prova pericial porque constam dos autos elementos suficientemente claros para a compreensão tanto das irregularidades como da legislação aplicada.

Das Arguições de Nulidade

Não procedem as alegações dos Impugnantes de que o lançamento encontra-se eivado de nulidade. O argumento de que o Fisco deixou de observar a exigência de motivar o ato administrativo que culminou com a lavratura do Auto de Infração, não prospera.

O Estado de Minas Gerais disciplinou o assunto no art. 46 da Lei nº 14.184/02, ainda que sob a denominação de motivação, estabelecendo que a Administração tem o dever de emitir decisão motivada nos processos, bem como em solicitação ou reclamação em matéria de sua competência. A motivação será clara, suficiente e coerente com os fatos e fundamentos apresentados.

Em matéria tributária, a fundamentação está na indicação dos pressupostos de fato, expressa na demonstração da efetiva ocorrência dos fatos que permitem o nascimento da obrigação tributária, assim como na indicação do Direito aplicável, segundo os termos da legislação tributária que rege o procedimento tributário administrativo.

O RPTA/08 estabelece, no art. 89, que o Auto de Infração deverá conter a descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado, bem como a citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade.

Em atenção ao disposto nos arts. 69 e 70 do RPTA/08, o Fisco promoveu o início da ação fiscal, realizou conferência e análises nos documentos mencionados no relatório desta decisão.

O resultado da investigação dos fatos foi apresentado no Auto de Infração por meio do qual se pode identificar o sujeito passivo e a matéria tributável com clareza, assim como todos os dispositivos legais aplicáveis. Nele encontram-se demonstrados os fatos e o crédito tributário com todas as implicações de natureza cominatórias aplicáveis ao caso.

Não se trata, portanto, o presente lançamento, de um ato administrativo eivado de nulidade em decorrência de violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Contrario sensu, demonstrou-se com exatidão que os fatos foram esclarecidos à luz da legislação que rege o procedimento tributário administrativo e se encontram aptos a produzir os efeitos decorrentes do lançamento válido e que deverão culminar, em tese, na exigência do crédito tributário na forma da legislação tributária vigente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em face do exposto, é certa a afirmação de que não há evidência de vício para justificar o acolhimento do pedido da Impugnante pela nulidade do lançamento formalizado através do Auto de Infração.

Assim, rejeita-se a arguição de nulidade do Auto de Infração.

Ainda em sede de preliminar e de forma a arguir a nulidade do lançamento, alegam os Impugnantes, que o presente AI encontra-se baseado em presunções.

Entretanto, conforme afirmado alhures, a infração foi constatada por meio da análise da regularidade dos documentos fiscais, verificação fiscal analítica e exame dos documentos constantes dos autos do Processo Judicial de Crime contra o Patrimônio nº 0151.07.023142-9 em tramitação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

Os procedimentos adotados pela Fiscalização são considerados tecnicamente idôneos, e encontram respaldo no art. 194, incisos V e VII, Parte Geral do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43080/02 e no art. 136 do Regulamento de Processo e Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

RICMS/02

Parte Geral

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

(...)

V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

RPTA/08

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Ademais, cumpre salientar que o valor total das saídas desacobertadas foi arbitrado pelo Fisco, com base no inciso III do art. 51 da Lei nº 6.763/75 e no inciso III do art. 53 do RICMS/02. Ressalta-se que o parâmetro adotado para o arbitramento foi o preço corrente da mercadoria no ano de 2007, obtido pela média das cotações mensais de milho na bolsa de mercadorias de Uberlândia/MG (fls. 31), conforme previsto no inciso II do art. 54 do RICMS/02.

Lei nº 6.763/75

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

(...)

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

RICMS/02

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

(...)

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

II - o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, ou da prestação, na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação;

Dessa forma, verifica-se que não há que se falar em lançamento baseado em presunções, haja vista que todas as imputações encontram-se demonstradas e provadas e, da análise das peças impugnatórias, depreende-se que a Autuada e os Coobrigados encontram-se cientes de tudo que lhes fora imputado.

Por fim, ainda em sede de preliminar, cumpre analisar a alegação dos Impugnantes de que a decisão que determinou a inclusão dos Coobrigados no polo passivo é nula.

A decisão do CC/MG, fls. 96, de efetuar a inclusão dos sócios administrativos e do gerente no polo passivo da obrigação tributária, se deu estritamente nos termos da competência estatuída por meio do art. 157 do RPTA/08, ou seja, é uma decisão de instrução processual, não tendo caráter definitivo. Veja-se:

Art. 157. Não estando os autos devidamente instruídos, determinar-se-ão as medidas convenientes, convertendo-se o julgamento em diligência ou proferindo-se despacho interlocutório.

Em função da mencionada decisão que converteu o julgamento em diligência, o Fisco, analisando os documentos anexados ao Auto de Infração e, baseando-se nos preceitos legais, em especial o inciso III do art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN), e do art. 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75, incluiu as pessoas supramencionadas como Coobrigados pelo presente crédito tributário tendo, em seguida, efetuado as devidas intimações para pagamento e/ou impugnação do débito constituído.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impende salientar que a medida questionada tem o condão de assegurar aos Coobrigados o direito à ampla defesa e ao contraditório na esfera administrativa, pois, no momento em que são incluídos no polo passivo da obrigação tributária, abre-se vista dos autos a todos eles para que possam se defender e provar seus argumentos.

Assim, com a instrução completa, os autos serão levados à Câmara Julgadora a quem cabe discutir a matéria versada e decidir sobre a correção ou não do lançamento tributário.

A Impugnante/Autuada alega, no Aditamento à Impugnação de fls. 72/74, não ter sido informada formalmente do conteúdo dos Autos de Início de Ação Fiscal (AIAFs) nºs 10.100000573-28 e 10.100000343-01 (Cerealista Serra da Canastra), o que inviabilizaria o exercício de seu direito de defesa.

Entretanto, imperioso ressaltar que o Auto de Início de Ação Fiscal tem a finalidade de documentar o início da ação fiscal, bem como solicitar a apresentação de livros e documentos de interesse da Fiscalização. O AIAF nº 10.100000573.28 foi lavrado em 16/04/10, tendo sido entregue uma via ao preposto da Autuada, que assinou o recebimento na via do Fisco constante às fls. 04.

Quanto ao AIAF nº 10.100000343.01, verifica-se que ele foi utilizado para documentar o início de ação fiscal e solicitar documentos à outra Contribuinte, sendo que a sua menção no Novo Relatório Detalhado do Auto de Infração (fls. 64) tem a finalidade apenas de traçar um histórico das ações desenvolvidas pelo Fisco. Dessa forma, em nada interfere na infração constatada.

Nessa esteira, rejeita-se todas as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Adentrando à questão meritória, verifica-se que a presente autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas.

Inicialmente, cumpre destacar que a constatação supramencionada ocorreu tendo em vista que os gerentes da Autuada alienaram parte das mercadorias depositadas a terceiros, sem a anuência dos respectivos proprietários, ou seja, por conta e ordem da Impugnante.

Em virtude do ato ilícito realizado pelos Coobrigados na administração da empresa autuada, os agricultores que mantinham sacas de milho depositadas no estabelecimento se sentiram lesados e ajuizaram uma ação criminal contra os administradores da empresa.

No referido processo judicial, as partes lavraram um termo de acordo em que os gerentes, ora Coobrigados, passaram a administração da empresa autuada, aos proprietários que foram lesados, para reparar os danos por estes suportados.

E, no momento em que a Autuada promove a circulação das mercadorias ali depositadas, por sua conta e ordem sem o pagamento do imposto, constata-se a fraude contra a Fazenda Pública Estadual, visando à supressão de tributo devido, razão pela qual exige-se o ICMS e multas pela infração supramencionada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nestas hipóteses, quando existe infração à lei tributária, há responsabilidade solidária dos sócios-gerentes, administradores, diretores, dentre outros, na dicção do art. 135, III do CTN, *in verbis*:

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.

Os Sujeitos Passivos entendem que não há responsabilidade solidária na hipótese de fraude cometida por eles, uma vez que não foram individuados os atos praticados por cada um dos Coobrigados, conforme Impugnação às fls. 152/153.

Ora, os Coobrigados mantiveram-se à frente da empresa autuada desde seu início, seja na condição de sócios-gerentes, seja na condição de administrador ou equivalente.

O art. 121, parágrafo único, inciso II do CTN prevê que o responsável tributário é sujeito passivo da obrigação principal, cuja obrigação decorre de disposição expressa da lei, sem que o mesmo tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador.

Por outro lado, o art. 124, inciso II do CTN, prescreve que "são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei". O referido dispositivo do *codex* possibilita que a lei da pessoa política competente para tributar gradue a responsabilidade dos obrigados.

Em outras palavras, a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva indireta, é forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

Assim, o art. 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75, dispõem:

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:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

O art. 135, incisos II e III, CTN tem a mesma redação e o mesmo alcance do § 2º acima descrito, e é aplicável a empresas que estejam ou não em atividade.

A gestão e/ou administração dos Coobrigados, **com infração à lei tributária**, no caso dos autos, surge concomitantemente à obrigação tributária, e não após, como se daria na hipótese de falta de pagamento do ICMS declarado e não pago no período regulamentar, como quer a impugnação.

Doutrina da melhor cepa é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios gerentes e diretores respondem solidariamente pela obrigação tributária **quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social, estatutos forem prévios ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária** (que se dá pela realização do fato gerador).

Assim, na lição dos Professores Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 10ª ed. 1995, fls. 113), Werther Botelho Spagnol (Curso de Direito Tributário, 1ª ed. 2004, fls. 208), Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e Tributário, 13ª ed. 2006, fls. 268), José Alfredo Borges (Notas de Aula/UFMG, inéditas), dentre outros, **a responsabilidade do art. 135 do CTN é solidária**.

Alguns autores defendem que a responsabilidade solidária prevista no art. 135 do CTN, se justifica em face do interesse público (Hugo de Brito).

Doutrinadores, como, por exemplo, Werther Botelho, diferenciam a norma de incidência do tributo e a norma de transferência de responsabilidade. Demonstram que a incidência da norma de transferência de responsabilidade não afasta a da incidência do imposto, salvo a hipótese de previsão expressa nos termos do art. 128 do CTN. Por isso, via de regra, a obrigação é solidária.

Para outros autores a norma do art. 135 do CTN, que, conforme dito acima, prevê a responsabilidade solidária, não pode afastar do polo passivo o contribuinte com patrimônio em detrimento de um sócio administrador-laranja. Isto porque, para esta corrente doutrinária, ao eleger sócio-gerente sem patrimônio para a sujeição passiva, por substituição e, ato contínuo, excluir a pessoa jurídica, estimular-se-ia a fraude, configurando, portanto, um absurdo.

De todo modo, não se há de confundir a norma de incidência tributária com a norma de transferência da responsabilidade. O art. 128 do CTN prevê que a lei que atribui de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa deve excluir a responsabilidade do sujeito passivo direto (contribuinte ou substituto) ou lhe atribuir apenas em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação.

Desta forma, os dispositivos acima citados da Lei 6763/75 não excluem o contribuinte do polo passivo obrigação tributária. Pelo contrário, agrega ao polo passivo os administradores, sócios gerentes, diretores, entre outros.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, correta a inclusão no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigados – responsáveis solidários –, dos senhores Aniel de Souza Ribeiro Junior, Vitor Leite da Silva, Antônio Carlos de Oliveira, Romero Machado Campos Junior e Mardelei dos Santos Lara, a fim de coibir o abuso cometido por prepostos, por representantes, por administradores, por sócios-gerentes, por diretor ou equivalente, valendo-se da pessoa jurídica.

A jurisprudência não discrepa. Senão, veja-se.

O Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que quando há infração à lei, os sócios gerentes, administradores e outros respondem pela obrigação tributária como no AgRg no Ag 775621 / MG, julgado em 2007, relator Ministro José Delgado, nos seguintes termos:

OS BENS DO SÓCIO DE UMA PESSOA JURÍDICA COMERCIAL NÃO RESPONDEM, EM CARÁTER SOLIDÁRIO, POR DÍVIDAS FISCAIS ASSUMIDAS PELA SOCIEDADE. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA IMPOSTA POR SÓCIO-GERENTE, ADMINISTRADOR, DIRETOR OU EQUIVALENTE SÓ SE CARACTERIZA QUANDO HÁ DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE OU SE COMPROVA INFRAÇÃO À LEI PRATICADA PELO DIRIGENTE. (GRIFOU-SE)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos Embargos Infringentes nº 594124984, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, decidiu:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA (CTN ART. 135, III). SÓCIO GERENTE, QUE SE DEMITIU DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA NO CASO, DOS ARTS. 10 E 16 DO DECRETO Nº 3.708, DE 10.01.19, VEZ QUE O AUTO DE APREENSÃO E O LANÇAMENTO DO ICMS, COM MULTA DECORREM DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI – OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E TRANSPORTE DA MESMA SEM A EMISSÃO DAS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS – PRATICADOS QUANDO O EMBARGANTE AINDA INTEGRAVA A SOCIEDADE NA QUALIDADE DE SÓCIO-GERENTE.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recente decisão, por unanimidade, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

[...] O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

No mesmo processo, acompanhando o relator Des. Gouvêa Rios, a Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade após algumas considerações concluiu:

ISTO COLOCADO, VÊ-SE, NO CASO CONCRETO, QUE SE ENCONTRA COMPROVADO NOS AUTOS (F. 28 E 37) A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE COM O USO INDEVIDO DA ALÍQUOTA REDUZIDA E DA VENDA MERCANTIL FRAUDULENTA, PELO QUE RESPONDEM OS SÓCIOS SOLIDARIAMENTE. (GRIFOU-SE)

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, com saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal para terceiros, sem a anuência dos proprietários, portanto, sujeita à incidência do ICMS, cujo pagamento foi suprimido.

Noutra vertente, alega a Autuada que o Fisco deverá efetuar a desconsideração da pessoa jurídica para que a responsabilidade tributária recaia somente na pessoa dos antigos administradores e gerentes, pois eles agiram dolosamente ao alienar o milho que estava depositado no armazém sem anuência dos respectivos proprietários.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica invocada pela Autuada teve sua normatização a partir do Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10/01/02), em seu art. 50, com a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Pela análise deste dispositivo, pode-se observar que a desconsideração da personalidade jurídica somente poderá ser realizada pelo órgão judicante, não sendo de competência do Fisco adotar tal procedimento, nem mesmo analisar subjetivamente se foram cumpridos seus requisitos.

A pessoa jurídica, a partir de sua constituição, possui personalidade distinta de seus sócios, sendo sujeito de direitos e obrigações. São três as consequências desta personalização:

- 1) titularidade negocial (capacidade para assumir um dos polos da relação negocial);
- 2) titularidade processual (capacidade para ser parte processual; a sociedade pode demandar e ser demandada em juízo);
- 3) responsabilidade patrimonial (patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio de cada um dos sócios).

Por outro lado, o Código Civil (CC/02) prevê o direito de regresso da sociedade contra o mau administrador, conforme previsto no art. 1.016 do CC/02:

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na presente autuação, restou comprovado que as mercadorias desviadas estavam depositadas no estabelecimento da Autuada e de lá saíram, sem o conhecimento dos depositantes e também sem a emissão da documentação fiscal correspondente às saídas, conforme consta dos documentos às fls. 07, 10, 12, 21, 25 e 26.

Assim, embora se tratando de mercadorias de terceiros que estavam depositadas, a responsabilidade solidária é imputada ao armazém, por força do disposto no inciso I do art. 21 da Lei nº 6.763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

I - o armazém-geral, a cooperativa, o depositário, o estabelecimento beneficiador e qualquer outro encarregado da guarda, do beneficiamento ou da comercialização de mercadorias, nas seguintes hipóteses:

(...)

b - no caso de receber, manter em depósito, dar entrada ou saída a mercadoria de terceiro, sem documento fiscal hábil e sem pagamento do imposto;

Também esta alegação da Autuada corrobora as alegações do Fisco, de que houve a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Os Impugnantes/Coobrigados alegam, ainda, que a saída de mercadoria depositada em armazém, por conta e ordem deste, configura hipótese de não incidência do ICMS.

Entretanto, cumpre ressaltar que tais operações apenas não seriam tributadas caso as mercadorias retornassem aos depositantes ou, ainda, fossem remetidas para outro estabelecimento, por conta e ordem dos referidos depositantes. Veja-se:

Lei nº 6.763/75:

Art. 7º - O imposto não incide sobre:

(...)

VIII - a saída de mercadoria de terceiros de estabelecimentos de empresa de transporte, ou de depósito por conta e ordem desta;

IX - a saída de mercadoria com destino a armazém-geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no Estado, para guarda em nome do remetente;

XI - a saída de mercadoria dos estabelecimentos referidos no inciso anterior, em retorno ao estabelecimento depositante;

Da análise da documentação anexada, constata-se que as mercadorias saíram do armazém-geral com destino a terceiros, sem a anuência dos depositantes.

Ora, se os proprietários das mercadorias não as receberam em retorno, nem tampouco sabiam da operação efetuada pelo estabelecimento de depósito, depreende-se,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por uma relação lógica, que foi o armazém que realizou a circulação de mercadorias por sua conta, figurando, portanto, como remetente dos produtos objeto da autuação e não como mero intermediário.

Logo, resta patente a incidência do ICMS, em face da operação de circulação das mercadorias depositadas, promovida pela Autuada.

No que tange à aplicação das penalidades, ressalta-se que, ao deixar de emitir o cupom fiscal quando da saída das mercadorias, a Autuada descumpre uma obrigação acessória que converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária aplicada pela Fiscalização, conforme disposto no Código Tributário Nacional nos seguintes termos:

Art. 111 - Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

§2º. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§3º. A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Assim, a legislação tributária mineira prevê a aplicação de multa isolada em relação ao descumprimento de obrigação acessória, *in casu*, dar saída a mercadoria desacoberta de documento fiscal, nos seguintes termos:

Lei nº 6.763/75:

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:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacoberta 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:

Para extirpar qualquer dúvida, cumpre salientar, também, que as naturezas jurídicas das multas aplicadas são distintas, haja vista que a multa isolada é aplicada por descumprimento da obrigação acessória, enquanto que a multa de revalidação é imposta em razão do não cumprimento da obrigação principal, qual seja, pagar o ICMS referente à circulação das sacas de milho. *In verbis*:

Lei nº 6.763/75:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

De se destacar, ainda, que por força do art. 110 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, não se incluem na competência do Órgão Julgador a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo, razão pela qual o argumento referente à confiscatoriedade das multas aplicadas não merece maiores considerações nesta Casa.

No tocante à utilização da Taxa Selic para atualização das exigências, tal regra decorre de mandamento contido na lei mineira, nos termos do art. 226 da Lei nº 6.763/75:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Ressalte-se que a matéria vem sendo apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e sendo confirmada a possibilidade de utilização da referida taxa, quando previsto no ordenamento tributário do Estado, como ocorre no presente caso.

Recentemente, a primeira sessão do STJ em julgamento de Recursos Especiais Repetitivos pacificou entendimento de que é legítima a aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários estaduais pagos em atraso. A decisão acolheu Recurso Especial (REsp nº 879.844) interposto pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (AGE).

Em conformidade com o entendimento apresentado pela AGE, o STJ reconheceu a aplicação da Taxa Selic, em virtude da lei permissiva, do Estado de Minas Gerais, que determina a aplicação aos tributos estaduais os mesmos fatores de correção utilizados pela legislação federal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participou do julgamento, além dos signatários, o Conselheiro Danilo Vilela Prado (Revisor).

Sala das Sessões, 12 de abril de 2011.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator

ACR/cam