

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.685/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001749407-08
Impugnação: 40.010150837-48
Impugnante: Dia Brasil Sociedade Limitada
IE: 002161915.15-02
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: ANA LUIZA MANCINI DE OLIVEIRA/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – ENTRADA, SAÍDA E ESTOQUE DESACOBERTADOS - 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, desacobertadas 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 de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, sujeitas à substituição tributária, exige-se somente a retrocitada multa isolada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ENTRADA DESACOBERTADA. Constatado, mediante levantamento quantitativo de mercadorias, que a Autuada deu entrada em mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso II do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE 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 procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entradas, saídas e manutenção em estoque de mercadorias, sujeitas à tributação normal e à tributação a título de substituição tributária, e, ainda, sobre a falta de recolhimento do Fundo de Erradicação da Miséria - FEM, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo de Mercadorias, no período de 01/01/16 a 31/12/16.

O relatório “Apuração Quantitativo” encontra-se anexo ao presente e-PTA no Grupo “Anexo (provas)” com o indicativo das diferenças nas operações de entrada e saída sem nota fiscal, observando-se as regras de tributação (tributados normalmente ou por substituição tributária - ST) e alíquotas correspondentes e, ainda, apontado o valor apurado pelo fisco para o Fundo de Erradicação da Miséria - FEM.

Exige-se o ICMS, ICMS/ST e o Fundo de Erradicação da Miséria - FEM, juntamente com as Multas de Revalidação e Isolada. Para o cálculo da Multa de Revalidação foi aplicado o percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do ICMS e 100% (cem por cento) sobre o valor do ICMS/ST, nos termos do art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada foi exigida com base no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/73, que prevê a aplicação do percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da operação, observando as limitações do § 2º do referido dispositivo.

Registra-se que foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária os diretores da empresa autuada, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, inciso VII c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c art. 1º, subitem 1.88 do Anexo Único da Portaria nº 148/15 da Secretaria da Receita Estadual de Minas Gerais – SRE/MG.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 169/196, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às págs. 332/345.

DECISÃO

Da Preliminar

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

Aduz que a Fiscalização do Estado de Minas Gerais ofende o disposto no art. 142 do CTN, que determina ser dever das autoridades determinar adequadamente a matéria tributável, sob pena de nulidade do lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que o Autuado compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

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

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

Do Mérito

Conforme acima relatado, a autuação versa sobre entradas, saídas e manutenção em estoque de mercadorias, sujeitas à tributação normal e à tributação a título de substituição tributária, e, ainda, sobre a falta de recolhimento do Fundo de Erradicação da Miséria - FEM, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo de Mercadorias, no período de 01/01/16 a 31/12/16.

O relatório “Apuração Quantitativo” encontra-se anexo ao presente e-PTA no Grupo “Anexo (provas)” com o indicativo das diferenças nas operações de entrada, saída e/ou estoque sem nota fiscal, observando-se as regras de tributação (tributados normalmente ou por substituição tributária - ST) e alíquotas correspondentes e, ainda, apontado o valor apurado pelo fisco para o Fundo de Erradicação da Miséria – FEM.

Exige-se o ICMS, ICMS/ST e o Fundo de Erradicação da Miséria - FEM, juntamente com as Multas de Revalidação e Isolada. Para o cálculo da Multa de Revalidação foi aplicado o percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do ICMS e 100% (cem por cento) sobre o valor do ICMS/ST, nos termos do art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada foi exigida com base no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/73, que prevê a aplicação do percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da operação, observando as limitações do § 2º do referido dispositivo.

1) Entradas desacobertas de produtos tributados normalmente:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constatou-se que o Contribuinte promoveu entrada de mercadorias desacobertas de documentação fiscal de produtos sujeitos à tributação normal. Pela irregularidade apurada, exige-se a Multa Isolada (MI) devida.

2) Entradas desacobertas de produtos tributados por ST:

Constatou-se que o Contribuinte recolheu ICMS a menor, referente às operações próprias do remetente, de produtos sujeitos à substituição tributária. Pela irregularidade apurada, exige-se o ICMS/ST, juntamente com Multas de Revalidação (MR) e Isolada (MI) devidas.

3) Saídas desacobertas de produtos tributados normalmente:

Constatou-se que o Contribuinte promoveu a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, com base nos dados constantes nos arquivos eletrônicos transmitidos pelo Contribuinte e notas fiscais eletrônicas emitidas. Constatou-se, ainda, que o Contribuinte recolheu ICMS a menor. Pela irregularidade constatada, exige-se o ICMS, juntamente com Multa de Revalidação e Multa Isolada, devidas.

4) Saídas desacobertas de produtos tributados por ST:

Constatou-se que o Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, com base nos dados constantes nos arquivos eletrônicos transmitidos pelo Contribuinte e notas fiscais eletrônicas emitidas. Pela irregularidade apurada, exige-se a Multa Isolada devida.

5) Estoque desacoberto de produtos tributados normalmente:

Constatou-se, com base nos dados constantes nos arquivos eletrônicos transmitidos, que o Contribuinte mantinha em seu estoque, mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Assim, deixou de recolher ICMS de produtos com tributação normal. Pela irregularidade apurada, exige-se o ICMS, juntamente com Multas de Revalidação e Isolada devidas.

6) Estoque desacoberto de produtos tributados por ST:

Com base nos dados dos arquivos eletrônicos transmitidos e notas fiscais eletrônicas emitidas, constatou-se que o Contribuinte mantinha em seu estoque, mercadorias sujeitas à ST, desacobertas de documentação fiscal. Pela irregularidade apurada, exige-se o ICMS/ST, juntamente com Multas de Revalidação e Isolada devidas.

7) Falta de recolhimento de ICMS relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria – FEM:

Mediante análise dos arquivos eletrônicos e documentos fiscais, constatou-se que o Autuado deixou de recolher o ICMS correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), sendo exigido o ICMS correspondente ao adicional de 2% (dois por cento) e, considerando que todas as operações, sem o recolhimento do FEM estão sujeitas à ST, aplicou-se a Multa de Revalidação em dobro, nos termos do § 2º, inciso III do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se que foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária os diretores da empresa autuada, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, inciso VII c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c art. 1º, subitem 1.88 do Anexo Único da Portaria nº 148/15 da Secretaria da Receita Estadual de Minas Gerais – SRE/MG.

No que tange à metodologia utilizada pela Fiscalização para desenvolvimento dos trabalhos, destaca-se que o Levantamento Quantitativo é procedimento idôneo, conforme art. 194, inciso II, do RICMS/02, a seguir transcrito:

RICMS/02

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

I - (...);

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

Além do mais, o § 4º do referido dispositivo, assim prescreve:

§ 4º Constatada, por indícios na escrituração do contribuinte ou por qualquer outro elemento de prova, a saída de mercadoria ou a prestação de serviço sem emissão de documento fiscal, o valor da operação ou da prestação será arbitrado pela autoridade fiscal para fins de exigência do imposto e multas, se devidos, tomando como critério, conforme o caso, o preço unitário das saídas, das entradas ou das prestações mais recentes verificadas no período, sem prejuízo do disposto nos artigos 53 e 54 deste Regulamento.

No caso em análise, a Fiscalização utilizou-se de aplicativo eletrônico, que efetua os cálculos automaticamente.

Inferre-se que este levantamento consiste em operação matemática de soma e subtração, onde o resultado é objetivo e inquestionável, não se tratando, portanto, de meras suposições.

Para a apuração das supracitadas infringências, a Fiscalização baseou-se em documentos fiscais emitidos pelo Autuado (notas e cupons fiscais) e informações por ele prestadas, em seus arquivos eletrônicos (SPED).

A alegação da Defesa de que não existe obrigação de pagamento do imposto, por se tratar de operações de transferência de mercadorias, não merece ser acolhida, pois a presente autuação diz respeito a operações desacobertadas de documentação fiscal.

Assim, não há como precisar a procedência da mercadoria, ou seja, não há como o Impugnante afirmar e nem comprovar que se tratou de mercadoria advinda do estabelecimento “A” ou “B”, em transferência. Ademais, nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, também ocorre o fato gerador do ICMS, em face da legislação tributária mineira.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação à solicitação de posterior juntada de provas, invocando o princípio da verdade real/material, cumpre salientar que foi oportunizado, aos Autuados, todos os prazos legais para a apresentação da defesa.

Além disso, diante das próprias razões que a Impugnante evidencia, seria inócua tal apresentação, uma vez que, para justificar a falta de emissão de documentos fiscais, afirma que existe divergência entre os cupons fiscais emitidos e o programa operacional utilizado pela empresa, o chamado “Mapa Resumo”. E confessa que utiliza as informações do “Mapa Resumo” para recolher os impostos e não os documentos fiscais emitidos, estes últimos sim, com validade jurídica e previstos em todo o ordenamento jurídico tributário, como base para o acobertamento das operações e para o recolhimento da obrigação tributária devida.

Em relação à suposta ocorrência de escrituração extemporânea de documentos fiscais, importante esclarecer que esse episódio, se ocorrido, não afetaria o caso em análise, porque o Levantamento Quantitativo realizado pela Fiscalização, utilizou-se de auxílio de programa aplicativo fiscal (“Auditoria Código de Barras”), que apura as diferenças somente no último dia do exercício e não diariamente.

Assim, a metodologia utilizada foi amplamente benéfica ao Contribuinte, visto que eventuais diferenças de estoque diárias (que poderia ser decorrente de escrituração tardia), não foram consideradas como operações desacobertadas no presente trabalho fiscal, mas apenas o somatório anual.

Além disso, o Autuado não apresentou sequer 01 (uma) nota fiscal que tenha sido escriturada tardiamente e que não tenha sido reconhecida no trabalho fiscal. Tampouco apresentou algo que demonstrasse supostas perdas de mercadorias.

Quanto à alegação de que o trabalho fiscal deve ser anulado, pois o Fisco não considerou a retificação de documentos fiscais promovida pelo Centro de Distribuição (outro estabelecimento), mais uma vez, incorre o Impugnante em argumento equivocado.

As mudanças e retificações ocorridas em outra inscrição estadual não interferem na apuração em análise, obviamente, pois um Contribuinte não pode ser apenado pela falha na escrituração de outro.

O Levantamento Quantitativo, no trabalho em tela, se baseia nos arquivos EFD transmitidos pelo próprio Sujeito Passivo e, ainda, utiliza-se das NFes relacionadas ao contribuinte fiscalizado, que já tenham sido emitidas até a data da autuação. Assim, o que poderia prejudicar o trabalho fiscal seria se não tivesse sido considerado eventual alteração promovida pelo Sujeito Passivo em seus arquivos EFD, antes do início da autuação fiscal, o que não ocorreu.

Em relação à exigência do ICMS/substituição tributária, cumpre ressaltar que a responsabilidade solidária da Autuada, decorre de disposição expressa de lei, nos termos do art. 22, inciso II – *caput* e §§ 18 e 19, da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

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.

Exige, ainda, a Fiscalização, o adicional de dois pontos percentuais na alíquota prevista para a operação interna em Minas Gerais, conforme prevê o Decreto nº 46.927/15 (art. 2º) e o art. 12-A da Lei nº 6.763/75:

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 2019, com as seguintes mercadorias:

(...)

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:

(...)

§ 4º A responsabilidade por substituição tributária prevista no art. 22 desta Lei aplica-se ao adicional de alíquota de que trata o caput deste artigo.

Assim, uma vez constatadas operações desacobertas de documentação fiscal, nos termos do 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;*”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação à sujeição passiva, foram eleitos para o polo passivo do lançamento, os sócios-administradores, uma vez que a respectiva responsabilidade decorre de previsão expressa de lei, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Nos moldes da referida legislação, o administrador ou sócio-gerente responde solidariamente pelos créditos decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou com infração de lei ou contrato social. Confira-se:

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.

Importante destacar que as indicações legais referentes à Sujeição Passiva e Determinação de Coobrigados encontram-se expressas nos quadros “Base Legal” apresentados ao longo do “Relatório Fiscal” (vide Grupo “Auto de Infração” do e-PTA) e há a comprovação de que as pessoas físicas incluídas como coobrigadas detinham o *status* de Administradoras da empresa, na data do fato gerador, conforme assinalado no Relatório Fiscal em item 8.3, e também no documento intitulado “Sócios/Administradores” acostado no Grupo “Anexo (provas)” do ePTA.

Desta forma, restando comprovado e não contestado, que as pessoas físicas incluídas no lançamento, detinham a condição de Administradoras da empresa e apontadas as bases legais - específicas inclusive - para as respectivas inclusões, correta a eleição dos Coobrigados no polo passivo da autuação.

Relativamente às multas aplicadas, com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada, nas operações normais e nas operações sujeitas à substituição tributária, respectivamente.

Já a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da mesma lei é devida pelo descumprimento da obrigação tributária acessória de emitir documento fiscal nas operações realizadas, tanto de entrada, quanto de saída.

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

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

Correta, portanto, as exigências de ICMS, ICMS/ST, do adicional de alíquota de 2% (dois por cento) – FEM e Multas de Revalidação e Isolada capituladas, respectivamente, no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III, e no art. 55, incisos II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75, de acordo com cada irregularidade apurada, conforme acima demonstrado.

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 Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Observa-se, portanto, que o Impugnante não logrou êxito em refutar o procedimento fiscal, estando corretas, portanto, as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves (Relator), que o julgava parcialmente procedente para excluir os Coobrigados do polo passivo da obrigação tributária. Designada relatora a Conselheira Cindy Andrade Moraes (Revisora). Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Gislana da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 16 de junho de 2021.

Cindy Andrade Moraes
Relatora designada

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

D

22.685/21/2ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.685/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001749407-08
Impugnação: 40.010150837-48
Impugnante: Dia Brasil Sociedade Limitada
IE: 002161915.15-02
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: ANA LUIZA MANCINI DE OLIVEIRA/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

Voto proferido pelo Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, 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.

No que tange à responsabilidade dos diretores da Impugnante, não vislumbro ou verifico nenhuma conduta dos administradores que tivesse sido praticada com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto que pudesse ensejar a sua responsabilização no presente caso.

Ora, o fato de terem sido apuradas diferenças de estoque no caso concreto em análise, 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 preconizados pelo art. 135 do CTN ou art. 21, §2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Em se tratando de um grupo empresarial com atuação multinacional, não se mostra razoável concluir que deliberadamente foram praticadas as infrações apuradas no presente lançamento, quiçá com a anuência ou determinação dos gestores do grupo.

Se mostra evidente a partir da análise e cotejo das provas colacionadas que certos equívocos operacionais conduziram à tal situação.

Para coibir ou inibir tais condutas, há penalidade própria já aplicada nos autos. Não obstante, diversamente daquilo que corriqueiramente se verifica em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

situações semelhantes, no caso em tela, não se mostra patente ou razoável a conduta que se busca imputar aos administradores.

A demonstração de que foram apuradas entradas, saídas e manutenção e estoque desacobertos de documentação fiscal é clara. Contudo, tal conclusão sem a avaliação de outros elementos não permite concluir que tenha ocorrido participação direta dos diretores agindo com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto.

Fundamentos similares foram brilhantemente apresentados pelo então Conselheiro, Dr. André Barros de Moura no Acórdão nº 22.200/19/2ª.

Lado outro, verifica-se, por exemplo, quando há caracterização de saída desacoberta mediante o confronto das vendas declaradas e das informações de administradoras de cartão de crédito ou mesmo suprimento de caixa sem comprovação de origem, quando tais atos por si só demonstram as condutas ilegais praticadas, o que não ocorre no presente caso.

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG), conforme jurisprudência transcrita a seguir:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISSQN - SOCIEDADE ANÔNIMA - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ARTIGO 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - DIRETOR - AUSÊNCIA DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS - PARTICIPAÇÃO NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM RECONHECIDA - SENTENÇA MANTIDA. À MÍNGUA DE PROVA DE QUE TENHA PRATICADO ATOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS, TAMPOUCO PROMOVIDO A DISSOLUÇÃO IRREGULAR, NÃO HÁ FALAR EM RESPONSABILIDADE PESSOAL DE DIRETOR DE SOCIEDADE, NOS TERMOS DO ARTIGO 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, RESSAINDO IMPERIOSA A SUA EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0525.09.170577-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ELIAS CAMILO, 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 09/10/2014, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 24/10/2014)

EMENTA: REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL VOLUNTÁRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIA DE PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PROVA DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO LEGAL OU ABUSO DE PODERES. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM PRESENTE. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. LEGITIMADOS PARA A CAUSA SÃO OS ENVOLVIDOS NO CONFLITO DE INTERESSES INDEPENDENTEMENTE DO DIREITO MATERIAL QUE POSSAM TER.

2. O ART. 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ATRIBUI RESPONSABILIDADE PESSOAL AOS DIRETORES, GERENTES OU REPRESENTANTES DE PESSOAS JURÍDICAS PELAS DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS RESULTANTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS.

3. PARA QUE POSSA RESPONDER PELOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS, É NECESSÁRIO QUE HAJA PROVA DE QUE O SÓCIO EXERCEU COM EXCESSO DE PODERES A GERÊNCIA DA EMPRESA OU QUE TENHA AGIDO COM DOLO E MÁ-FÉ À ÉPOCA DA PRÁTICA DO ATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSENTE A PROVA DE SUA RESPONSABILIDADE, A SÓCIO É PARTE ILEGÍTIMA PARA FIGURAR COMO PARTE PASSIVA NA EXECUÇÃO.

4. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL VOLUNTÁRIA CONHECIDAS.

5. SENTENÇA QUE ACOLHEU OS EMBARGOS DO DEVEDOR CONFIRMADA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADA A APELAÇÃO VOLUNTÁRIA. (TJMG - AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA 1.0000.18.054380-3/001, RELATOR(A): DES.(A) CAETANO LEVI LOPES, 2ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 02/10/2018, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 03/10/2018)

Diante disso, os coobrigados devem ser excluídos do polo passivo da lide em exame.

Sala das Sessões, 16 de junho de 2021.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Conselheiro**