

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.414/22/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.002170101-54
Impugnação: 40.010154426-24 (Coob.)
Impugnante: Márcio Duarte Bento (Coob.)
CPF: 042.329.986-75
Autuado: I 9 Life Comércio e Serviços Ltda
CNPJ: 20.706374/0001-34
Coobrigados: Amanda Bertagnoli Menezes
CPF: 299.652.718-60
Kelly Cristina Santos de Mattos
CPF: 947.490.195-34
Ozamar Túlio dos Santos
CPF: 949.410.506-06
Proc. S. Passivo: Pedro Ottoni Rocha Ferreira Costa/Outro(s)
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES - Correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, em razão do encerramento irregular das atividades, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e art. 3º, inciso I, da Instrução Normativa SCT nº 001/06.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO - ENCERRAMENTO IRREGULAR DE ATIVIDADES. Constatada a responsabilidade tributária dos administradores por encerramento irregular de atividades, nos termos do art. 135 incisos II, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e o art. 3º, inciso I, da Instrução Normativa SCT nº 001/06.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - VENDA POR SISTEMA MARKETING PORTA A PORTA A CONSUMIDOR FINAL. Constatou-se a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST na saída, em operação interestadual, de mercadorias destinadas a revendedores não inscritos em Minas Gerais, que efetuam venda por sistema de marketing porta a porta a consumidor final. Infração caracterizada nos termos do art. 64 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, da mesma lei.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA. Constatou-se falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST referente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), incidente nas operações internas com mercadorias previstas nos incisos VI e VII do art. 2º do Decreto nº 46.927/15. Corretas as exigências de ICMS/ST, relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA. Constatou-se a retenção/recolhimento a menor do ICMS/ST referente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), incidente nas operações internas com mercadorias previstas nos incisos VI e VII do art. 2º do Decreto nº 46.927/15. Corretas as exigências de ICMS/ST, relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, no período de 01/05/18 a 31/10/18, de falta de recolhimento do ICMS substituição tributária (ICMS/ST) e do respectivo adicional de alíquotas de 2% relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (ICMS/ST-FEM), devidos em operações interestaduais de envio a Minas Gerais das mercadorias relacionadas no Capítulo 28 (*Venda de Mercadorias pelo Sistema Porta a Porta*) da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, com destino a revendedores não inscritos neste estado, que efetuam venda porta a porta para consumidores finais, em inobservância ao art. 64 do RICMS/02.

A Autuada, situada no estado de São Paulo, enviava suas mercadorias (cosméticos das posições 33.03 a 33.07 da NCM/SH e suplementos alimentares) para estabelecimento de mesma titularidade situado em Minas Gerais, para posterior repasse aos revendedores não inscritos, e também diretamente a esses revendedores, sem reter e recolher o ICMS/ST e o ICMS/ST-FEM devidos nessa situação, acobertando as operações com documentos fiscais com destaque apenas de ICMS/OP e ICMS/DIFAL, esse último, nos termos do Convênio ICMS nº 52/17.

Em algumas dessas operações, também era incluído no documento fiscal destaque de valores a título de ICMS/ST-FEM, mas que era calculado somente em relação à parcela do imposto correspondente ao ICMS/DIFAL devido a Minas Gerais, com fulcro no art. 3º, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 46.927/15.

Assim, nessas operações houve recolhimento a menor do ICMS/ST-FEM, pois ele é devido em relação a toda a base de cálculo da substituição tributária (BC/ST), por força do disposto no art. 12-A da Lei nº 6.763/75 c/c art. 82, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF/88 e art. 3º, inciso I, alínea “a”, do Decreto nº 46.927/15.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na apuração do crédito tributário, os valores de ICMS/OP e ICMS/DIFAL que constam dos documentos fiscais foram abatidos do ICMS/ST apurado. Nos documentos fiscais em que houve destaque de FEM, esse valor foi abatido do ICMS/ST-FEM apurado pelo Fisco em relação à operação.

Exige-se o ICMS/ST, o ICMS/ST (FEM) e respectivas Multas de Revalidação em dobro do art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, além das Multas Isoladas do art. 55, incisos VII, alínea “c” e XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Foram incluídas como Coobrigadas as Sras. Amanda Bertagnoli Menezes e a Sra. Kelly Cristina Santos de Mattos, nos termos do art. 21, § 2º, inciso I, da Lei nº 6763/75 c/c art. 135, inciso II, do CTN, por possuírem procurações com amplos poderes de gestão da Autuada.

A responsabilidade solidária também foi estendida ao Sr. Márcio Duarte Bento e ao Sr. Ozamar Túlio dos Santos, com fulcro no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei 6763/75 c/c art. 135, inciso III, do CTN, em razão do encerramento irregular das atividades da Autuada quando eles eram gestores da empresa.

Inconformado, o Coobrigado Márcio Duarte Bento apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 29/60

Apesar de terem sido regularmente intimados, Autuada (fls. 16/17 e 24 dos autos) e demais Coobrigados (fls. 18/22 e 25 dos autos) não apresentaram impugnação ao lançamento.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 150/155

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 159/176, opina, em preliminar, pelo indeferimento da prova pericial requerida e, no mérito pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Do Pedido de Prova Pericial

A Defesa pleiteia a produção de prova pericial contábil, sob alegação de que é necessário que “...*um perito isento demonstre, uma a uma, as operações ocorridas, apontada em cada uma delas a sua natureza, ou seja, se é transferência entre matriz e filial ou venda para consumidor final, objetivando demonstrar a impertinência do tributo lançado em todos os casos.*”. Para tanto, formula os quesitos de fls. 60 dos autos.

No entanto, a prova pericial solicitada é absolutamente desnecessária no caso em tela.

Como bem destaca o Fisco, não há qualquer dúvida sobre a natureza das operações ocorridas e, especialmente, de que parcela significativa das notas fiscais autuadas nesse PTA se refere a transferências entre estabelecimentos matriz e filial, que podem ser identificadas pelo CFOP 6152 (transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) aposto nos documentos fiscais.

Identificar essas operações de transferência é um exercício primário de interpretação da planilha anexa autuação (Mídia Digital – fls. 15), que não carece de qualquer auxílio de um perito: basta olhar para a coluna “K” da aba “CÁLCULO” da planilha, denominada “CFOP” e identificar as operações com CFOP 6152, sendo essas as operações de transferências. As demais operações, identificadas com o CFOP 6108 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada a não contribuinte) são aquelas realizadas diretamente com revendedores da marca.

A celeuma do presente lançamento é de natureza jurídica e está adstrita a se verificar se são devidos o ICMS/ST e o ICMS/ST-FEM exigidos pelo Fisco em relação às operações autuadas, dúvida essa que pode ser esclarecida pela simples leitura e interpretação da legislação de regência, como se verá no tópico seguinte do presente Parecer, relativo ao mérito da autuação.

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.

Assim, 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.

Entretanto, como já dito, os elementos dos autos revelam-se suficientes para a compreensão do lançamento e do adequado tratamento tributário que deve ser dado às operações realizadas pela Autuada.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” 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;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação, no período de 01/05/18 a 31/10/18, de falta de recolhimento do ICMS substituição tributária (ICMS/ST) e do respectivo adicional de alíquotas de 2% relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (ICMS/ST-FEM), devidos em operações interestaduais de envio a Minas Gerais das mercadorias relacionadas no Capítulo 28 (*Venda de Mercadorias pelo Sistema Porta a Porta*) da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, com destino a revendedores não inscritos neste estado, que efetuam venda porta a porta para consumidores finais, em inobservância ao art. 64 do RICMS/02.

A Autuada, situada no estado de São Paulo, enviava suas mercadorias (cosméticos das posições 33.03 a 33.07 da NCM/SH e suplementos alimentares) para estabelecimento de mesma titularidade situado em Minas Gerais, para posterior repasse aos revendedores não inscritos, e também diretamente a esses revendedores, sem reter e recolher o ICMS/ST e o ICMS/ST-FEM devidos nessa situação, acobertando as operações com documentos fiscais com destaque apenas de ICMS/OP e ICMS/DIFAL, esse último, nos termos do Convênio ICMS nº 52/17.

Em algumas dessas operações, também era incluído no documento fiscal destaque de valores a título de ICMS/ST-FEM, mas que era calculado somente em relação à parcela do imposto correspondente ao ICMS/DIFAL devido a Minas Gerais, com fulcro no art. 3º, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 46.927/15.

Assim, nessas operações houve recolhimento a menor do ICMS/ST-FEM, pois ele é devido em relação a toda a base de cálculo da substituição tributária (BC/ST), por força do disposto no art. 12-A da Lei nº 6.763/75 c/c art. 82, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF/88 e art. 3º, inciso I, alínea “a”, do Decreto nº 46.927/15.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na apuração do crédito tributário, os valores de ICMS/OP e ICMS/DIFAL que constam dos documentos fiscais foram abatidos do ICMS/ST apurado. Nos documentos fiscais em que houve destaque de FEM, esse valor foi abatido do ICMS/ST-FEM apurado pelo Fisco em relação à operação.

Exigências de ICMS/ST, ICMS/ST (FEM) e respectivas Multas de Revalidação em dobro do art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, além das Multas Isoladas do art. 55, incisos VII, alínea “c” e XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Foram incluídas como Coobrigadas as Sras. Amanda Bertagnoli Menezes e a Sra. Kelly Cristina Santos de Mattos, nos termos do art. 21, § 2º, inciso I, da Lei nº 6763/75 c/c art. 135, inciso II, do CTN, por possuírem procurações com amplos poderes de gestão da Autuada.

A responsabilidade solidária também foi estendida ao Sr. Márcio Duarte Bento e ao Sr. Ozamar Túlio dos Santos, com fulcro no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei 6763/75 c/c art. 135, inciso III, do CTN, em razão do encerramento irregular das atividades da Autuada quando eles eram gestores da empresa.

Destaque-se, de início, que é fato incontroverso nos autos que as operações autuadas se referem a venda de mercadorias pelo sistema porta a porta. Não houve qualquer questionamento da Defesa em sentido contrário.

De acordo com o art. 64 do RICMS/02, o estabelecimento que utilize o sistema de venda na modalidade porta a porta, marketing multinível ou qualquer outra denominação é responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subsequentes das mercadorias (ICMS/ST). Além disso, o § 3º desse dispositivo veda que essas mercadorias sejam tratadas pelo remetente como de uso ou consumo do próprio revendedor, como se deu no presente caso, onde foi recolhido apenas o ICMS/ST-DIFAL decorrente da operação interestadual:

RICMS/02

CAPÍTULO XII

DAS OPERAÇÕES RELATIVAS A VENDA DE MERCADORIAS PELO SISTEMA PORTA A PORTA

Art. 64 - O estabelecimento que utilizar o sistema de venda na modalidade porta a porta, marketing multinível ou sob qualquer outra denominação a consumidor final para comercialização de mercadorias relacionadas no Capítulo 28 da Parte 2 deste Anexo é responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto devido nas saídas subsequentes realizadas por:

I - contribuinte inscrito e situado neste Estado que distribua a mercadoria a revendedores não inscritos neste Estado, para venda porta a porta a consumidor final;

II - revendedor não inscrito neste Estado que efetua venda porta a porta a consumidor final;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - O disposto no caput aplica-se ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, nas operações com bens e mercadorias destinados a uso ou consumo exclusivo do adquirente revendedor, observado o disposto no inciso II do caput do art. 19 desta Parte.

§ 3º - **É vedado o tratamento tributário como mercadoria de uso ou consumo ao produto que se encontre passível de comercialização pelo revendedor, nos termos do § 2º.**

(Destacou-se)

A exigibilidade do FEM nas operações autuadas está amparada no art. 12-A da Lei nº 6.763/75 c/c art. 2º, incisos VI e VII, do Decreto nº 46.927/15:

Lei nº 6.763/75

Art. 12-A. Fica estabelecido, para financiamento das ações do Fundo de Erradicação da Miséria - FEM -, criado pela Lei nº 19.990, de 29 de dezembro de 2011, em especial para o pagamento integral do Piso Mineiro de Assistência Social, e de acordo com o disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, com vigência até 31 de dezembro de 2022, **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:**

(...)

VI - perfumes, águas-de-colônia, **cosméticos e produtos de toucador**, exceto xampus, preparados antissolares e sabões de toucador de uso pessoal;

VII - **alimentos para atletas;**

(Destacou-se)

Decreto nº 46.927/15

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

(...)

VI - perfumes, águas-de-colônia, **cosméticos e produtos de toucador, assim consideradas todas as mercadorias descritas nas posições 33.03, 33.04, 33.05, 33.06 e 33.07 da NBM/SH**, exceto xampus, preparados antissolares e sabões de toucador de uso pessoal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 1º/01/2016 a 01/09/2020 - Redação original:

"VII - alimentos para atletas, assim considerados os constantes dos incisos III a VIII do art. 4º da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC - nº 18, de 27 de abril de 2010, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;"

(Destacou-se)

A Defesa aduz que as operações de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade, realizadas com o CFOP 6152, não estão sujeitas ao ICMS/ST e nem ao ICMS/ST-FEM, pois não há circulação de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, conforme decidiu o STF no RE nº 75.026 e o STJ na Súmula nº 166.

Conclui que é possível o enfrentamento de matéria de cunho constitucional pela instância administrativa, citando doutrina sobre o tema e pedindo que as exigências sejam afastadas por inconstitucionalidade.

Primeiramente, importante destacar que falece competência ao CCMG para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo em vigor, de forma que a legislação tributária vigente no estado deve ser aplicada no lançamento, nos termos do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e art. 110, inciso I, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), publicado pelo Decreto nº 44.747/08:

Lei nº 6.763/75

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;

RPTA

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

No entanto, ainda que fosse possível trazer à baila do contencioso administrativo fiscal a discussão de cunho constitucional relativa à incidência ou não do ICMS nas operações entre estabelecimentos de mesma titularidade, haveria um outro óbice à pretensão da Defesa: o tributo exigido no lançamento é o ICMS/ST relativo às **operações subsequentes** realizadas a partir da saída da mercadoria do estabelecimento destinatário, não havendo nos autos qualquer cobrança de ICMS/OP relativo à operação interestadual entre os estabelecimentos de mesma titularidade, como acredita a Defesa.

As discussões travadas nos tribunais e que conduziram à decisão no RE nº 75.026 (STF) e na publicação da Súmula nº 166 (STJ) dizem respeito ao ICMS/OP da operação entre estabelecimentos de mesma titularidade, mas não irradia efeitos para o ICMS/ST relativo às operações subsequentes, em relação ao qual a exigibilidade é incontroversa, posto que não diz respeito à operação entre os estabelecimentos de mesma titularidade.

Assim, sem razão o argumento.

Em seguida, a Defesa alega que não há uma hierarquia entre as formas alternativas de fixação da base de cálculo da substituição tributária (BC/ST) previstas no art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, cabendo ao contribuinte optar por aquela que melhor lhe aprouver.

Acrescenta que a Autuada optou por se utilizar da Margem de Valor Agregado (MVA) e não do preço a consumidor constante de catálogo, não podendo o Fisco alterar unilateralmente essa escolha, fazendo incidir a BC/ST que entenda adequada (MVA), como se deu no lançamento.

Nada mais despropositado do que acreditar que a base de cálculo do imposto pode ser “escolhida” discricionariamente pelo Contribuinte, ignorando os ditames expressos da legislação.

Ao tratar da base de cálculo da substituição tributária, o art. 8º, § 3º, da Lei Complementar nº 87/96 é muito claro quando afirma que **“existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.”**

Na esteira da norma geral supra, o art. 13, § 21, da Lei nº 6.763/75 transfere esse poder para a norma regulamentar:

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

(...)

§ 21 - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos, poderá o regulamento estabelecer como base de cálculo esse preço.

Exercendo essa atribuição, o art. 65, *caput*, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 estipula que, no caso de mercadorias destinadas a venda porta a porta, a BC/ST será o preço de venda a consumidor final constante de catálogo de preço emitido pelo remetente, nele acrescido o valor do frete, caso ainda não tenha sido incluído no preço da mercadoria, exatamente como se deu no presente lançamento:

RICMS/02

Art. 65. **A base de cálculo do imposto relativo às operações com mercadorias destinadas a venda porta a porta ou em banca de jornal será o preço de venda a consumidor final constante de catálogo ou lista de preço emitido pelo remetente, acrescido do valor do frete, quando não incluído no preço da mercadoria.**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Grifou-se e Destacou-se)

Além disso, o § 1º desse mesmo dispositivo é claro no sentido de que, somente na hipótese de inexistência de catálogo ou lista de preço emitidos pelo remetente, poderá ser utilizada a margem de valor agregado. Observe-se:

RICMS/02

Art. 65. (...)

§ 1º Na hipótese de inexistência dos valores de que trata o caput deste artigo, o sujeito passivo por substituição adotará como base de cálculo o preço por ele praticado acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria no capítulo 28 da Parte 2 deste Anexo.

(Destacou-se)

Portanto, ao contrário do que afirma a Defesa, não cabe ao Responsável pela ST escolher, de forma discricionária, a base de cálculo que utilizará na retenção e recolhimento do imposto. No caso de venda pelo sistema porta a porta, havendo catálogo de preços emitido pelo remetente, ele será a BC/ST, exatamente como se deu no presente caso.

Saliente-se que o catálogo de preços utilizado pelo Fisco está incluído como anexo do Auto de Infração, na Mídia Digital de fls. 15.

Assim, o argumento deve ser afastado, por contrariar frontalmente a legislação do imposto.

Em seguida, a Defesa aduz que apesar de não incidir ICMS/OP nas operações de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade, a Autuada equivocadamente destacou e recolheu ICMS/OP sobre todas essas operações de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade (CFOP 6152), conforme pode ser visto na coluna "S" da aba cálculo da planilha anexa à autuação, valor esse que deve ser compensado para extinguir as exigências realizadas a título de ICMS/ST-FEM.

No entanto, razão não lhe assiste.

Em primeiro lugar, como bem salienta o Fisco, inexistente na legislação previsão para a compensação de ofício de eventuais pagamentos indevidos de ICMS com valores exigidos por meio de Auto de Infração, mormente quando se fala de compensar ICMS/OP supostamente indevido com o ICMS/ST não recolhido na operação, posto que os fatos geradores que dão origem às duas exações são diferentes.

Mas o principal motivo para a insubsistência do pleito da Defesa está no fato de que estando seu estabelecimento situado no estado de São Paulo, no município de Sorocaba, eventuais pagamentos indevidos de ICMS/OP foram realizados para

aquele estado e não para a Minas Gerais, de forma que qualquer pedido de restituição ou compensação deve ser dirigido ao estado de São Paulo.

Saliente-se que o ICMS/ST aqui exigido diz respeito às operações subsequentes que ainda serão realizadas, presumivelmente, no estado de Minas Gerais.

Ademais, os valores destacados nos documentos fiscais da Autuada a título de ICMS/OP foram considerados como crédito no cálculo do ICMS/ST devido a Minas Gerais, assim como os valores destacados a título de diferencial de alíquotas (ICMS/DIFAL).

Por fim, para os produtos em que houve inclusão no documento fiscal de valores a título de ICMS/ST-FEM com fulcro no art. 3º, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 46.927/15, esses valores também foram abatidos do ICMS/ST-FEM correto apurado pelo Fisco em relação à respectiva operação, como se pode ver nas colunas “S” (ICMS DESTACADO), “T” (ICMS ST DESTACADO), “U” (DIFAL DESTACADO) e “AC” (FEM DESTACADO) da aba “CÁLCULO” da planilha excel anexa ao lançamento. Observe-se o dispositivo regulamentar citado:

Art. 3º O disposto no art. 2º:

I - aplica-se, também:

(...)

b) à operação interestadual que destine mercadoria ou bem a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado neste Estado, relativamente à parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna estabelecida para a mercadoria em Minas Gerais e a alíquota interestadual.

(Grifou-se e Destacou-se)

Assim, sem razão a Defesa, devendo ser afastado o argumento.

Apesar da ausência de questionamentos específicos, importante destacar que a apuração dos valores do ICMS/ST e do ICMS/ST-FEM, assim como das respectivas multas de revalidação, está detalhada nas abas “CÁLCULO”, “DCT – ICMS ST” e “DCT – FEM” da planilha excel “AI 04 – CATÁLOGO 5” (Mídia Digital de fls. 15). Ambas as Multas de Revalidação estão amparadas no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75, visto se tratar de operações sujeitas à substituição tributária:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

Também foram exigidas, corretamente, as Multas Isoladas do art. 55, inciso V, alínea "c" e do inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, a primeira em razão de consignar BC/ST menor do que a prevista na legislação (recolhimento a menor do ICMS/ST-FEM) e a segunda, por deixar de consignar essa mesma BC/ST (falta de recolhimento do ICMS/ST e do ICMS/ST-FEM). Observe-se:

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:

(...)

VII - **por consignar em documento fiscal** que acobertar a operação ou a prestação:

(...)

c) valor da **base de cálculo menor do que a prevista na legislação**, relativamente à prestação ou operação própria **ou à substituição tributária**, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

(...)

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;

(Destacou-se)

Assim, correto o lançamento realizado, inclusive as penalidades de revalidação e isoladas exigidas, posto que em consonância com a legislação de regência.

Da Coobrigação

A Defesa alega ilegitimidade passiva do Impugnante Márcio Duarte Bento, tendo em vista que o encerramento irregular das atividades da Autuada teria sido constatado somente em 02/09/21 (quando do retorno do aviso de notificação do presente Auto de Infração com a informação de que a empresa havia se mudado), portanto, em momento posterior à sua saída do quadro societário, ocorrida em 11/12/18.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescenta que nos termos dos arts. 1003, 1032 e 1057 do Código Civil (Lei nº 10.406/02), havendo cessão de cotas, a responsabilidade do cedente pelas obrigações contraídas quando ele era sócio encerra-se 2 (dois) anos após a averbação da modificação contratual. Cita decisão do STJ no Tema Repetitivo nº 962 para sustentar sua tese.

No entanto, ao contrário do que alega o Impugnante, o encerramento irregular das atividades da empresa que ensejou a sua responsabilização solidária (e do Coobrigado Ozamar Túlio do Santos, que também gerenciava os negócios sociais na condição de administrador) não ocorreu em 02/09/21, mas sim em 24/09/18, data em que a Autuada passou a constar como “contribuinte inapto” no Cadastro Público de ICMS do Estado de São Paulo, conforme pode ser visto às fls. 06 dos autos.

A responsabilidade solidária geral dos gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado pelas obrigações tributárias tem fundamento legal de validade no art. 135, inciso III, do CTN, respondendo eles pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

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.

(Grifou-se).

No âmbito do estado de Minas Gerais, a solidariedade tributária foi tratada no art. 21 da Lei nº 6.763/75. O § 2º, inciso II, do dispositivo prevê a responsabilidade do administrador e do sócio-gerente por créditos tributários decorrentes de atos praticados com infração à lei:

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

(Grifou-se)

Além disso, nos termos do art. 3º, inciso I, da Instrução Normativa SCT nº 001/06, quando se verifica que o Contribuinte desapareceu ou não mais exerce suas atividades no endereço por ele indicado, está justificada a inclusão do sócio-gerente e do administrador como Coobrigados pelo crédito tributário, em razão do encerramento irregular das atividades sob a sua gerência:

IN SCT nº 001/06

Art. 3º A formalização de crédito tributário, mediante Auto de Infração (AI) e Notificação de Lançamento (NL), de responsabilidade de contribuinte que desapareceu ou não mais exerce suas atividades no endereço por ele indicado, será antecedida do cancelamento da inscrição estadual respectiva, de acordo com a norma prevista no art. 108, alíneas "b" e "c" do inciso II do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, na forma do § 3º do referido artigo, observando-se, ainda, o seguinte:

I - os sócios-gerentes, diretores ou administradores serão identificados no AI ou na NL na condição de coobrigados pelo crédito tributário;

(...)

(Destacou-se).

Em inúmeras decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sido confirmada a responsabilidade do sócio-gerente na hipótese de encerramento irregular de atividades, o que levou à edição do Enunciado de Súmula nº 435 daquele tribunal, nos seguintes termos:

SÚMULA 435/STJ: PRESUME-SE DISSOLVIDA IRREGULARMENTE A EMPRESA QUE DEIXAR DE FUNCIONAR NO SEU DOMICÍLIO FISCAL, SEM COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES, LEGITIMANDO O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA O SÓCIOGERENTE.

Acrescenta-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG tem manifestado o entendimento de que é correta a eleição dos gestores da empresa para o polo passivo da obrigação tributária, como responsáveis solidários, quando ocorre o encerramento irregular das atividades do estabelecimento autuado.

O recente Acórdão nº 23.555/20/1ª foi assim ementado:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES. CORRETA A ELEIÇÃO DO COOBRIGADO 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 E ART. 3º, INCISO I, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SCT Nº 001/06.

(...)

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Compulsando os autos, observa-se que resta comprovado que à época do encerramento irregular das atividades, o Impugnante Márcio Bento e o Coobrigado Ozamar Túlio do Santos eram os responsáveis pela gerência, o primeiro na condição de sócio-administrador e o segundo como administrador representante da sócia I9 Global Empreendimentos Eireli, como se pode ver na Cláusula IX da 18ª Alteração Contratual da Autuada (fls. 114).

Assim, correta a manutenção de ambos no polo passivo da autuação.

Além deles, também foram incluídas no polo passivo as Sras. Kelly Cristina Santos de Mattos e Amanda Bertagnoli Menezes, em razão de possuírem procurações com amplos poderes de gestão da Autuada (Mídia Digital – fls. 15).

As procurações outorgadas a essas duas Coobrigadas lhes conferem amplos poderes de gestão sobre a Autuada e, ainda que não tivessem sido utilizadas, já seriam suficientes para sua inclusão no polo passivo da autuação com fulcro no art. 21, inciso XII, § 2º, inciso I c/c art. 135, inciso II, do CTN:

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:

(...)

II - os mandatários, prepostos e empregados;

(Grifou-se)

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:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

(Grifou-se)

Importa salientar que não é somente o fato de ser formalmente titular da empresa envolvida na infração tributária que gera a coobrigação de um sócio administrador.

A existência de elementos que demonstrem a representação de fato da pessoa jurídica, ainda que não conste do seu quadro societário (tais como procurações com amplos poderes de gestão da Autuada), autoriza a inclusão dos mandatários no polo passivo da autuação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, correta também a inclusão dessas duas Coobrigadas no polo passivo da autuação.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Pedro Ottoni Rocha Ferreira Costa e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Patrícia Pinheiro Martins. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Revisora) e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 06 de dezembro de 2022.

Dimitri Ricas Pettersen
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente

P