

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.568/22/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001867885-31
Recurso de Revisão: 40.060153519-09, 40.060153520-85 (Coob.)
Recorrente: Radial Distribuição Ltda. Em Recuperação Judicial
IE: 186657106.02-32
Marcelo Silva Martins (Coob.)
CPF: 526.086.706-87
Recorrido: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Leonardo de Lima Naves
Origem: Núcleo de Atividades Fiscais Estratégicas

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recursos de Revisão não conhecidos à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no exercício de 2016, em face da existência de saldo credor na conta Caixa Equivalente, presunção autorizada pelo disposto no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 c/c art. 194, § 3º do RICMS/02, redação vigente no período autuado.

As irregularidades foram constatadas por meio da reconstituição da conta Caixa Equivalente (Disponível).

Também foi identificado que a Autuada realizou vendas sem acobertamento fiscal, por meio da análise das contas relacionadas ao Ativo Imobilizado.

Exigências de ICMS, ICMS/ST, Multas de Revalidação previstas no art. 56, inciso II, e § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

Foi eleito, como Coobrigado, para o polo passivo da obrigação tributária, o administrador da Autuada, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados, resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 23.020/21/2ª, à unanimidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos

da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 131/137, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG.

Inconformados, o Coobrigado e a Autuada interpõem, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, os Recursos de Revisão de fls. 185/206 e 240/268, respectivamente.

Afirmam que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: Acórdãos nºs 23.704/21/1ª e 23.254/19/1ª (fls. 207/225 e 226/238 – repetidos às fls. 269/287 e 288/299);

Requerem, ao final, o conhecimento e provimento dos Recursos de Revisão.

A Assessoria do CCMG, em parecer de págs. 302/316, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo não provimento.

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.

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Feitas essas breves observações, passa-se à análise do cabimento dos recursos em apreço.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Do Recurso do Coobrigado (Tema: Responsabilidade Tributária):

O Recorrente alega, inicialmente, que a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária foi realizada sem ter sido demonstrada a existência de qualquer requisito para tal inclusão, quais sejam a práticas de atos com excesso de poder ou infração a lei.

Acrescenta que a única justificativa utilizada “seria a participação acionária da empresa Grupo Forte Atacadista Eireli à ordem de 93% (noventa e três por cento), cujo titular pessoa física é o Sr. Marcelo Silva Martins, na composição societária da Radial”.

A seu ver, “ainda que haja a participação acionária da citada empresa na Radial Distribuição LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e que o Recorrente seja administrador da Autuada, tal fato por si só não enseja a sua responsabilização, visto que para tal é preciso que se comprove de forma inequívoca atos praticados com excesso de poder de administração e clara violação à lei, o que certamente não foi feito”.

Complementa que, “conforme prevê o art. 135 do Código Tributário Nacional, a responsabilidade pessoal pela quitação da obrigação tributária somente será atribuída a outra pessoa que não o contribuinte, quando comprovada a ocorrência de excesso de poder ou infração à lei”.

Porém, no seu entender, “em nenhum momento restou demonstrada a responsabilidade dos coobrigados no relatório fiscal, não tendo o auditor fiscal dispensado sequer um tópico para tentar demonstrar a responsabilidade que, por óbvio, inexistente”, restando “evidente que não houve qualquer comprovação de atos praticados com excesso de poder, ou infração à lei, segundo preconiza o art. 135 do CTN a justificar tal inclusão”.

Ressalta que, “analisando-se o dispositivo supratranscrito, percebe-se que a responsabilidade de terceiros deve ser cuidadosamente analisada, levando-se em consideração que: (i) a responsabilidade atribuída à sócio ou terceiro é subjetiva e subsidiária, decorrendo de atos praticados com excesso de poder ou infração à lei; e (ii) o inadimplemento da obrigação tributária, não gera, por si só, responsabilidade de terceiros e presunção de infração legal”, isto é, “a autuação não deve atingir bens dos sócios por mera liberalidade do Fisco, havendo de ser comprovada alguma das hipóteses de responsabilização previstas no art. 135 do CTN”.

Argumenta que “este, inclusive, é o entendimento proferido pela 1ª Câmara do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais no bojo do acórdão nº 23.254/19/1ª e 23.704/21/1ª que determina a exclusão do sócio do polo passivo quando **não comprovados** atos praticados com excessos ou infração a lei, contrato social ou estatuto nos termos do art. 135 do CTN”.

Na sua visão, a sua exclusão da sujeição passiva é imperiosa, “visto que tal ato não pode ser realizado por mera discricionariedade do Fisco, sendo a responsabilização de terceiros permitida pelo ordenamento jurídico pátrio apenas quando **demonstrada**, de forma cabal e contundente, a ocorrência de excesso de poderes ou violação à lei, o que, definitivamente, não se amolda no presente caso”.

Conclui, dessa forma, que, “uma vez que o caso concreto se trata de mero inadimplemento no pagamento de tributo não poderia o impugnante responder pela dívida da pessoa jurídica, porquanto a obrigação tributária resultou de operações normais do exercício da atividade empresarial, de modo que, aplica-se a Súmula 430

do STJ, bem assim do acórdão nº 23.254/19/1ª e 23.704/21/1ª que é inversamente divergente do acórdão nº 23.020/21/2ª proferido pela 2ª CCMG”.

No entanto, após a análise dos autos e do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, verifica-se **não assistir razão ao Recorrente**, uma vez que **não se trata de divergência jurisprudencial**, e sim de decisões distintas, em função de casos concretos também distintos, com especificidades próprias.

Com efeito, no caso do Acórdão nº 23.704/21/1ª (Paradigma) consta, em sua própria ementa, que **não restaram caracterizadas as imputações fiscais**, motivo pelo qual seria imprópria qualquer atribuição de responsabilidade tributária ao sócio-gerente, sendo “*incorreta, portanto, a aplicação das disposições contidas no art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75*”.

Consta, ainda, nessa ementa, que o crédito tributário deveria ser cancelado, tendo em vista a **improcedência do lançamento**, “*por não restar demonstrada nos autos a existência de recursos não comprovados nas contas Caixa e Bancos*”.

Em perfeita sintonia com sua ementa, restou consignado na decisão paradigma que, **diante da conclusão quanto à improcedência do lançamento**, a questão relativa à responsabilidade tributária estava superada nos autos, por perda de seu objeto, *verbis*:

ACÓRDÃO: 23.704/21/1ª

(PARADIGMA)

EMENTA:

“RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – ELEIÇÃO ERRÔNEA. UMA VEZ QUE **NÃO RESTARAM CARACTERIZADAS AS IMPUTAÇÕES FISCAIS**, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA AO SÓCIO-ADMINISTRADOR. INCORRETA, PORTANTO, A APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 135, INCISO III, DO CTN C/C ART. 21, § 2º, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS - CONTA "CAIXA/BANCOS". ACUSAÇÃO FISCAL, BASEADA NA CONFERÊNCIA DOS LANÇAMENTOS CONTÁBEIS NAS CONTAS CAIXA E BANCOS, DE INGRESSO DE RECURSOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM, O QUE AUTORIZARIA A PRESUNÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 49, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 6.763/75 C/C O ART. 194, § 3º, DO RICMS/02. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO PARA ACATAR PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO DA AUTUADA. **ENTRETANTO, O CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVE SER CANCELADO, POR NÃO RESTAR DEMONSTRADA NOS AUTOS A EXISTÊNCIA DE RECURSOS NÃO COMPROVADOS NAS CONTAS CAIXA E BANCOS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO. INFRAÇÃO REMANESCENTE NÃO CARACTERIZADA.**

LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

DECISÃO:

“... A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE A ACUSAÇÃO FISCAL, MEDIANTE CONFERÊNCIA DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DIGITAL – ECD (LIVRO RAZÃO CONTÁBIL), DA DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO E INFORMAÇÃO DO ICMS (DAPI) E DE EXTRATOS BANCÁRIOS DA AUTUADA, NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2015 A DEZEMBRO DE 2016, DA EXISTÊNCIA DE RECURSOS SEM ORIGEM COMPROVADA NAS CONTAS “CAIXA” E EQUIVALENTES DE CAIXA (“BANCOS”).

APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO LEGAL DE EXISTÊNCIA DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 49, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 194, § 3º, DO RICMS/02 E O ART. 299 DO DECRETO Nº 9.580/18 (REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA – RIR), COM CONSEQUENTE FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS INCIDENTE SOBRE TAIS SAÍDAS.

EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A”, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

O SÓCIO-ADMINISTRADOR DA EMPRESA, SR. ÂNGELO NELSON NUNES COELHO, FOI INCLUÍDO NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, EM RAZÃO DA PRÁTICA DE ATOS QUE RESULTARAM EM INFRAÇÃO À LEI, NOS TERMOS DO ART. 135, INCISO III, DO CTN C/C ART. 21, § 2º, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75.

[...]

A IMPUGNANTE PEDE A EXCLUSÃO DO SÓCIO-ADMINISTRADOR DA EMPRESA, SR. ÂNGELO NELSON NUNES COELHO, DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, SOB O ARGUMENTO DE QUE ELE NÃO PRATICOU INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, NÃO HAVENDO NOS AUTOS FATOS E FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM SUA INCLUSÃO COMO COOBRIGADO PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A INCLUSÃO DO SÓCIO-ADMINISTRADOR COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DECORREU DA PRÁTICA DE ATOS COM INFRAÇÃO À LEI (DAR SAÍDA EM MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL), CONFORME PREVISÃO DO ART. 21, § 2º, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 135, INCISO III, DO CTN:

[...]

ENTRETANTO, DIANTE DA CONCLUSÃO ANTERIOR, COM IMPLICAÇÃO NA CONCLUSÃO PELA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO, NÃO HÁ MAIS QUE SE FALAR EM RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA, ESTANDO A DISCUSSÃO SUPERADA POR PERDA DE SEU OBJETO.”

(GRIFOU-SE)

Por sua vez, no caso analisado no Acórdão nº 23.254/19/1ª (Paradigma), a exclusão do sócio-gerente do polo passivo da obrigação tributária foi fundamentada,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

basicamente, na falta de comprovação de que “o crédito correspondente à obrigação tributária decorreu de atos praticados com excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatuto nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75”, tendo sido enfatizado que o mero “inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”. Confira-se:

ACÓRDÃO Nº 23.254/19/1ª

(PARADIGMA)

EMENTA:

“RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EIRELI - ELEIÇÃO ERRÔNEA. EXCLUSÃO DO SÓCIO DO POLO PASSIVO, UMA VEZ QUE **NÃO RESTOU COMPROVADO QUE O CRÉDITO CORRESPONDENTE À OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECORREU DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO A LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO** NOS TERMOS DO ART. 135, INCISO III DO CTN C/C ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO - SIMPLES NACIONAL. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DEVIDO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO DE IMPOSTO, CORRESPONDENTE À DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL, RELATIVO À AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MICROEMPRESA/EMPRESA DE PEQUENO PORTE SITUADA EM MINAS GERAIS, PROVENIENTE DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, CONFORME PREVISTO NO § 14º DO ART. 42 DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 56 DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.” (GRIFOU-SE)

DECISÃO:

“... CONFORME RELATADO A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE A CONSTATAÇÃO, MEDIANTE O PORTAL SIARE AUTO REGULARIZAÇÃO, DA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS PELA AUTUADA, EMPRESA OPTANTE PELO REGIME DE TRIBUTAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL, DA ANTECIPAÇÃO DO ICMS DECORRENTE DA DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO, CONFORME APURADO NA RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS RELACIONADAS ÀS FLS. 06/07 DO ANEXO I DO AUTO DE INFRAÇÃO, EM DESACORDO COM O PREVISTO NO ART. 13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA “G” DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C ART. 6º, § 5º, ALÍNEA “F” DA LEI Nº 6.763/75 E ART. 42, § 14 DO RICMS/02, NO PERÍODO DE 01/01/16 A 31/07/17.

[...]

PARA EXIGÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO LAVROU-SE O AUTO DE INFRAÇÃO, O QUAL CONTÉM OS ELEMENTOS

NECESSÁRIOS E SUFICIENTES PARA QUE SE DETERMINE, COM SEGURANÇA, A NATUREZA DAS INFRAÇÕES. AS INFRINGÊNCIAS E PENALIDADE APLICADAS ENCONTRAM-SE LEGALMENTE EMBASADAS.

TODAVIA, O LANÇAMENTO MERECE REPARO NO QUE DIZ RESPEITO A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AO COBRIGADO.

A LEGISLAÇÃO VIGENTE É CLARA AO DISPOR QUE SOMENTE É POSSÍVEL ATRIBUIR A RESPONSABILIDADE A TERCEIRO, CASO SEJA COMPROVADO ALGUNS DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 135, INCISO III DO CTN C/C ART. 21, INCISO XII DA LEI Nº 6.763, DE 26/12/75:

[...]

NO CASO EM EXAME, **NÃO HÁ QUALQUER PROVA NOS AUTOS QUE POSSIBILITE A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO COBRIGADO**, COMO A COMPROVAÇÃO DE QUE O MESMO TENHA PRATICADO ATOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO.

NESSE DIAPASÃO É **IMPORTANTE DESTACAR QUE O MERO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, NÃO GERA A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-GERENTE**, CONFORME JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE ENSEJOU A EDIÇÃO DA SUMULA Nº 430, *IN VERBIS*:

[...]

O INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PELA SOCIEDADE NÃO GERA, POR SI SÓ, A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-GERENTE.

DESTA FEITA, DIANTE DA AUSÊNCIA DE PROVA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA ATRIBUIR A RESPONSABILIDADE AO SÓCIO-GERENTE, DEVERÁ SER EXCLUÍDO DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ...”

(GRIFOU-SE)

De modo diverso, porém sem qualquer divergência com as decisões acima, por se tratar de questão de provas, no caso analisado pela decisão recorrida, a Câmara *a quo* foi enfática ao afirmar que, “*no caso dos autos não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira quando da saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal*”, sendo enfatizado que não se aplica ao caso presente a Súmula 430 do STJ, exatamente por não se tratar de simples inadimplemento da obrigação tributária, **mas de prática de atos contrários à lei.**

Nesse sentido, a Câmara *a quo* enfatizou, ainda, que era “*induidoso, no caso, que o administrador detinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as saídas de mercadorias*

desacobertadas de documentação fiscal, acusação fiscal em exame, caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a inclusão deles no polo passivo da obrigação tributária”, motivo pelo qual o Recorrente deve responder solidariamente pelo crédito tributário em exame, eis que efetivamente participa das deliberações e dos negócios da empresa.

ACÓRDÃO Nº 23.020/21/2ª

(DECISÃO RECORRIDA)

DECISÃO:

“... DO MÉRITO

CONFORME RELATADO, A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS, NO EXERCÍCIO DE 2016, EM FACE DA EXISTÊNCIA DE SALDO CREDOR NA CONTA CAIXA EQUIVALENTE, PRESUNÇÃO AUTORIZADA PELO DISPOSTO NO ART. 49, § 2º DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 194, § 3º DO RICMS/02, REDAÇÃO VIGENTE NO PERÍODO AUTUADO.

AS IRREGULARIDADES FORAM CONSTATADAS POR MEIO DA RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CAIXA EQUIVALENTE (DISPONÍVEL).

TAMBÉM FOI IDENTIFICADO QUE A AUTUADA REALIZOU VENDAS SEM ACOBERTAMENTO FISCAL, POR MEIO DA ANÁLISE DAS CONTAS RELACIONADAS AO ATIVO IMOBILIZADO.

EXIGÊNCIAS DE ICMS, ICMS/ST, MULTAS DE REVALIDAÇÃO PREVISTAS NO ART. 56, INCISO II, E § 2º, INCISOS II E III, DA LEI Nº 6.763/75 E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A” DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

FOI ELEITO, COMO COOBRIGADO, PARA O POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, O ADMINISTRADOR DA AUTUADA, NOS TERMOS DO ART. 135, INCISO III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – CTN E ART. 21, § 2º, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75, PELOS ATOS PRATICADOS, RESULTANDO NO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES RELATIVAS AO ICMS.

[...]

FOI INCLUÍDO NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, NA CONDIÇÃO DE COOBRIGADO, O ADMINISTRADOR DA AUTUADA, COM FULCRO NO ART. 21, § 2º DA LEI Nº 6.763/75 E ART. 135, INCISO III DO CTN.

ALEGA O COOBRIGADO MARCELO SILVA MARTINS QUE ELE DEVERIA SER EXCLUÍDO DO POLO PASSIVO DA AUTUAÇÃO, UMA VEZ QUE NÃO TERIA SIDO DEMONSTRADO PELO FISCO A PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 135 DO CTN PARA SUA INCLUSÃO COMO RESPONSÁVEL PELA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, QUAIS SEJAM, AS PRÁTICAS DE ATOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI.

SUSTENTA QUE DA ANÁLISE DO RELATÓRIO FISCAL ANEXO AO AUTO DE INFRAÇÃO, PERCEBE-SE QUE A ÚNICA JUSTIFICATIVA

PARA A INCLUSÃO DO IMPUGNANTE COMO CORRESPONSÁVEL PELA AUTUAÇÃO SERIA A PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DA EMPRESA GRUPO FORTE ATACADISTA EIRELI À ORDEM DE 93% (NOVENTA E TRÊS POR CENTO), CUJO TITULAR PESSOA FÍSICA É O SR. MARCELO SILVA MARTINS, NA COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA DA RADIAL.

ENTRETANTO, NÃO LHE CABE RAZÃO.

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 ELE 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”. DOS ENSINAMENTOS DO MESTRE HUGO DE BRITO MACHADO, VEJA-SE:

[...]

DESTACA O FISCO QUE, ALÉM DE FIGURAR COMO ADMINISTRADOR DA AUTUADA, O SR. MARCELO SILVA MARTINS É O TITULAR PESSOA FÍSICA DA EMPRESA GRUPO FORTE ATACADISTA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, A QUAL É A SÓCIA MAJORITÁRIA DA AUTUADA, COM 93% (NOVENTA E TRÊS POR CENTO) DAS COTAS DA SOCIEDADE, BEM COMO ADMINISTRA A OUTRA SÓCIA QUE PARTICIPA COM 7% (SETE POR CENTO) DAS COTAS.

INDUIDOSO, NO CASO, QUE O ADMINISTRADOR DETINHA CONHECIMENTO E PODER DE COMANDO SOBRE TODA E QUALQUER OPERAÇÃO PRATICADA PELA EMPRESA, SENDO CERTO QUE AS SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, ACUSAÇÃO FISCAL EM EXAME, CARACTERIZAM A INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO MINEIRO E FUNDAMENTA A INCLUSÃO DELES NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

NO CASO DOS AUTOS NÃO FOI O SIMPLES INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA QUE CARACTERIZOU A INFRAÇÃO À LEI, PARA O EFEITO DE EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA, E SIM A AÇÃO OU OMISSÃO QUE CAUSOU PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA MINEIRA QUANDO DA SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

DESSE MODO, O ADMINISTRADOR RESPONDE SOLIDARIAMENTE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM EXAME, EIS QUE EFETIVAMENTE PARTICIPA DAS DELIBERAÇÕES E DOS NEGÓCIOS DA EMPRESA.

PORTANTO, NÃO SE APLICA AOS AUTOS A SÚMULA 430, POR NÃO SE TRATAR DE SIMPLES INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, MAS DE PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI.

CORRETA A INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ADMINISTRADOR DA AUTUADA, COM BASE NO ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.” (GRIFOU-SE)

Assim, como já afirmado, **não se trata de divergência jurisprudencial**, e sim de decisões distintas, em função da presença ou ausência de provas em cada processo, vinculadas à atribuição de responsabilidade tributária às pessoas arroladas na sujeição passiva dos respectivos lançamentos.

Esse fato, por si só, descaracteriza a alegada divergência das decisões, tendo em vista que cuida da forma de apreciação de provas e não de divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Do Recurso da Autuada

Ressalte-se, inicialmente, que o estabelecimento autuado, ora Recorrente, indicou como paradigmas exatamente os mesmos acórdãos apontados pelo Coobrigado, já analisados no tópico anterior.

Tal afirmação pode ser verificada mediante a leitura do seguinte trecho contido na parte introdutória do recurso ora apreciado:

Recurso da Autuada

“... No entanto, o acórdão n° **23.020/21/2^a** proferido pela 2^a Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais diverge frontalmente do acórdão n° **23.254/19/1^a** e **23.704/21/1^a** prolatado pela 1^a Câmara do CCMG, o que não se pode admitir, devendo ser admitido o presente Recurso de Revisão para afastar a exigência de ICMS e ICMS-ST supostamente por saída desacobertada e omissão de receita, por ausência de demonstração de recursos não comprovados.”

(Grifos Originais)

Porém, no corpo do recurso, foram apresentadas razões de uma hipotética divergência jurisprudencial somente em relação ao Acórdão n° 23.704/21/1^a.

Não obstante, nas linhas abaixo será demonstrada a inexistência da alegada divergência, seja em relação ao acórdão expressamente confrontado com a decisão recorrida, seja no tocante ao segundo “paradigma” (23.254/19/1^a), para o qual a Recorrente **não** apresentou qualquer argumento, de fato ou de direito, que pudesse diferenciá-lo da decisão recorrida.

Feitas essas observações, passa-se à análise do presente recurso.

A Recorrente narra, inicialmente, que “*a Fiscalização, embora escorada na presunção legal de omissão de receitas, não demonstrou efetivamente nos presente autos a comprovação de recursos que poderiam, em tese, ser fato gerador de ICMS e ICMS-ST de saídas de mercadorias desacobertadas*”.

Ressalta que “*constitui dever da fiscalização a fundamentação de seu entendimento, mediante produção de provas para sustentação do lançamento*”, complementando que “*não poderia a fiscalização se furtar à análise de todos os documentos e Declaração de Apuração e Informações do ICMS - DAPI da Impugnante no ato de fiscalização, amparando-se na cômoda alegação de saídas de mercadorias*”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desacobertadas e omissão de receita e, conseqüentemente, não havido recolhimento do ICMS e ICMS-ST”.

Salienta que “*não há dúvidas de que a fiscalização está adstrita ao princípio da verdade material, devendo zelar para que o lançamento reflita, ao máximo, a realidade dos fatos*”.

A seu ver, “*não é admissível que a autoridade fiscal, dispondo dos meios para tanto, mediante análise dos documentos e livros fiscais da Impugnante, em tela, deixe de aferir a verdadeira realidade dos fatos, procedendo de maneira simplista, à autuação sob a premissa de ter apropriado de tributos com base em presunção*” e afirma que esse é o entendimento proferido pela 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG no Acórdão nº 23.704/21/1ª, do qual foram reproduzidos os seguintes excertos:

ACÓRDÃO Nº 23.704/21/1ª

(PARADIGMA)

EMENTA:

“RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – ELEIÇÃO ERRÔNEA. UMA VEZ QUE NÃO RESTARAM CARACTERIZADAS AS IMPUTAÇÕES FISCAIS, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA AO SÓCIO-ADMINISTRADOR. INCORRETA, PORTANTO, A APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 135, INCISO III, DO CTN C/C ART. 21, § 2º, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS - CONTA "CAIXA/BANCOS". ACUSAÇÃO FISCAL, BASEADA NA CONFERÊNCIA DOS LANÇAMENTOS CONTÁBEIS NAS CONTAS CAIXA E BANCOS, DE INGRESSO DE RECURSOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM, O QUE AUTORIZARIA A PRESUNÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 49, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 6.763/75 C/C O ART. 194, § 3º, DO RICMS/02. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO PARA ACATAR PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO DA AUTUADA. ENTRETANTO, O CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVE SER CANCELADO, POR NÃO RESTAR DEMONSTRADA NOS AUTOS A EXISTÊNCIA DE RECURSOS NÃO COMPROVADOS NAS CONTAS CAIXA E BANCOS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO. INFRAÇÃO REMANESCENTE NÃO CARACTERIZADA.

LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(GRIFOS E DESTAQUES DA RECORRENTE)

Conclui e requer, nessa linha, “*o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração quanto a este ponto, procedendo ao cancelamento do débito tributário oriundo da malsinada fiscalização, realizadas sob a rubrica de ‘saída desacobertada e omissão de receita de ICMS e ICMS-ST’, devendo ser cancelado o acórdão ora combatido*”.

No entanto, **assim como no tópico anterior**, verifica-se **não** assistir razão à Recorrente, uma vez que **não se trata de divergência jurisprudencial**, e sim de decisões distintas, em função da presença ou ausência de provas em cada processo.

Esse fato, por si só, como já firmado anteriormente, descaracteriza a alegada divergência das decisões, tendo em vista que cuida da forma de apreciação de provas e não de divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Com efeito, diferentemente do ocorrido no acórdão indicado como paradigma, cujo lançamento foi julgado improcedente, “*por não restar demonstrada nos autos a existência de recursos não comprovados nas contas Caixa e Bancos*”, **no caso do presente processo** a Câmara *a quo* consignou em sua decisão que **a infração imputada à Recorrente restou plenamente caracterizada nos autos**, tendo acrescentado que “*a Impugnante não foi capaz de ilidir a acusação fiscal anexando, aos autos, prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea. Como assim não agiu, aplica-se inclusive o disposto no art. 136 do RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08*”, *verbis*:

(DECISÃO RECORRIDA)

“... CONFORME RELATADO, A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS, NO EXERCÍCIO DE 2016, EM FACE DA EXISTÊNCIA DE SALDO CREDOR NA CONTA CAIXA EQUIVALENTE, PRESUNÇÃO AUTORIZADA PELO DISPOSTO NO ART. 49, § 2º DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 194, § 3º DO RICMS/02, REDAÇÃO VIGENTE NO PERÍODO AUTUADO.

AS IRREGULARIDADES FORAM CONSTATADAS POR MEIO DA RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CAIXA EQUIVALENTE (DISPONÍVEL).

TAMBÉM FOI IDENTIFICADO QUE A AUTUADA REALIZOU VENDAS SEM ACOBERTAMENTO FISCAL, POR MEIO DA ANÁLISE DAS CONTAS RELACIONADAS AO ATIVO IMOBILIZADO.

EXIGÊNCIAS DE ICMS, ICMS/ST, MULTAS DE REVALIDAÇÃO PREVISTAS NO ART. 56, INCISO II, E § 2º, INCISOS II E III, DA LEI Nº 6.763/75 E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A” DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

[...]

O FISCO DEMONSTRA ÀS PÁGS. 11/19 DOS AUTOS, A RECONSTITUIÇÃO DO CAIXA EQUIVALENTE (DISPONÍVEL), O QUAL FOI REALIZADO POR MEIO DA SEGUINTE METODOLOGIA:

[...]

CONSTATA-SE QUE A IMPUGNANTE NÃO FOI CAPAZ DE ILIDIR A ACUSAÇÃO FISCAL ANEXANDO, AOS AUTOS, PROVA PLENA, OBJETIVA E INQUESTIONÁVEL, MEDIANTE DOCUMENTAÇÃO IDÔNEA. COMO ASSIM NÃO AGIU, APLICA-SE INCLUSIVE O DISPOSTO NO ART. 136 DO RPTA, ESTABELECIDO PELO DECRETO Nº 44.747/08, IN VERBIS:

[...]

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIANTE DAS IRREGULARIDADES, **CORRETAS AS EXIGÊNCIAS** DE ICMS, ICMS/ST MULTA DE REVALIDAÇÃO E A MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A” DA LEI Nº 6.763/75. CONFIRA-SE: ...” (GRIFOU-SE)

Assim, observando-se os fundamentos constantes da decisão recorrida, verifica-se que os Julgadores, amparados pelo livre convencimento de cada um sobre o lançamento, com suporte nas alegações das partes, nos fatos e circunstâncias constantes nos autos, decidiram que o lançamento realizado pela Fiscalização encontrava-se plenamente correto.

Do simples confronto das decisões em análise, fica evidenciado que **inexiste qualquer divergência jurisprudencial**, e sim decisões distintas, em função do livre convencimento dos Conselheiros sobre o conjunto probatório contido nos autos.

Quanto ao segundo acórdão paradigma (Acórdão nº 23.254/19/1ª), como já afirmado, a Recorrente **não** apresentou qualquer argumento, de fato ou de direito, que pudesse respaldar o seu entendimento quanto a uma hipotética divergência.

De toda forma, basta uma simples leitura das ementas das decisões confrontadas, para se concluir que **inexiste qualquer divergência jurisprudencial**, pois a matéria analisada no acórdão paradigma (antecipação de ICMS – Simples Nacional) **não** tem qualquer similaridade com a analisada pela Câmara *a quo* (saídas desacobertas – presunção legal - omissão de receitas), estando submetidas, por consequência, a dispositivos legais totalmente distintos.

ACÓRDÃO Nº 23.254/19/1ª

(PARADIGMA)

EMENTA:

“RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EIRELI - ELEIÇÃO ERRÔNEA. EXCLUSÃO DO SÓCIO DO POLO PASSIVO, UMA VEZ QUE NÃO RESTOU COMPROVADO QUE O CRÉDITO CORRESPONDENTE À OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECORREU DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO A LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO NOS TERMOS DO ART. 135, INCISO III DO CTN C/C ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO - SIMPLES NACIONAL. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DEVIDO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO DE IMPOSTO, CORRESPONDENTE À DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL, RELATIVO À AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MICROEMPRESA/EMPRESA DE PEQUENO PORTE SITUADA EM MINAS GERAIS, PROVENIENTE DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, CONFORME PREVISTO NO § 14º DO ART. 42 DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 56 DA LEI Nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

ACÓRDÃO Nº 23.020/21/2ª

(DECISÃO RECORRIDA)

EMENTA:

“RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. O ADMINISTRADOR É RESPONSÁVEL 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. 21, § 2º, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 135, INCISO III DO CTN.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - CONTA "CAIXA"/SALDO CREDOR - CONSTATOU-SE, APÓS A RECOMPOSIÇÃO DA CONTA "CAIXA", SALDO CREDOR EM CONTA TÍPICAMENTE DEVEDORA, E/OU DIFERENÇAS DE SALDOS FINAIS DE EXERCÍCIOS, AUTORIZANDO A PRESUNÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 49, § 2º DA LEI Nº 6.763/75 E DO ART. 194, § 3º DO RICMS/02, CONFORME REDAÇÃO VIGENTE NO PERÍODO AUTUADO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELA FISCALIZAÇÃO. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS REMANESCENTES DE ICMS, ICMS/ST, MULTAS DE REVALIDAÇÃO PREVISTAS NO ART. 56, INCISO II E § 2º, INCISO III DA LEI Nº 6.763/75 E MULTA ISOLADA CAPITULADA NA ALÍNEA "A", INCISO II, ART. 55, DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA. CONSTATOU-SE A VENDA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL, MEDIANTE O CONFRONTO DAS NOTAS FISCAIS DE VENDAS EMITIDAS E A VARIAÇÃO DO SALDO DAS CONTAS CONTÁBEIS RELACIONADAS AO "ATIVO IMOBILIZADO". CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 56 E MULTA ISOLADA CAPITULADA NA ALÍNEA "A", INCISO II, ART. 55, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

(...)

Portanto, como já afirmado, **não se trata de divergência jurisprudencial**, e sim de decisões distintas, em função da presença ou ausência de provas em cada processo, conclusão esta válida para ambos os acórdãos paradigmas acima analisados, **não** sendo atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por consequência, **não** se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade dos Recursos de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer dos Recursos de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Fabíola Pinheiro Ludwig Peres. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor), Cindy Andrade Moraes, Marcelo Nogueira de Moraes e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 04 de março de 2022.

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente

P