

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.342/13/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000187617-53
Impugnação: 40.010133742-81
Impugnante: DL-Distribuidora de Alimentos Liderança Ltda
IE: 001059521.00-40
Coobrigado: José Agnaldo Pimenta da Silva
CPF: 944.718.606-82
Proc. S. Passivo: Vinícius Mattos Felício/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais, regularmente apreendidos no estabelecimento comercial da Autuada, e os valores declarados à Fiscalização no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 do citado diploma legal, sendo esta adequada ao disposto no § 2º do dispositivo e majorada em 100% (cem por cento) em razão de reincidências. Entretanto, a majoração da multa isolada por reincidência no percentual de 100% (cem por cento) deve incidir somente a partir do mês de março de 2011 e deve ser excluída em relação ao Coobrigado.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais, regularmente apreendidos no estabelecimento comercial da Autuada, e os valores declarados à Fiscalização no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS a título de substituição tributária, Multa de Revalidação prevista no inciso II e § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 do citado diploma legal, sendo esta adequada ao disposto no § 2º do dispositivo e majorada em 100% (cem por cento) em razão de reincidências. Contudo, a majoração da multa isolada por reincidência no percentual de 100% (cem por cento) deve incidir somente a partir do mês de março de 2011 e deve ser excluída em relação ao Coobrigado.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, irregularidade constatada a partir de verificação fiscal efetuada na Empresa, no período de outubro de 2010 a outubro de 2011, mediante confronto dos valores das vendas declaradas à Fiscalização pela Impugnante, em seus arquivos Sintegra/DAPI, com os valores de vendas registrados nas planilhas FACWINT_PCCLIENT e FACWINT_PCCONSOLIDAMES, documentos extrafiscais, de controle interno da Contribuinte, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado.

Exigências de ICMS/operação própria, ICMS a título de substituição tributária, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, a qual foi adequada ao disposto no § 2º do dispositivo e majorada em 100% em razão de reincidências.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 63/66, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 151/156.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 165/173, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

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

Conforme já relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, irregularidade constatada a partir de verificação fiscal efetuada na Empresa, no período de outubro de 2010 a outubro de 2011, mediante confronto dos valores das vendas declaradas à Fiscalização pela Impugnante, em seus arquivos Sintegra/DAPI, com os valores de vendas registrados nas planilhas FACWINT_PCCLIENT e FACWINT_PCCONSOLIDAMES, documentos extrafiscais, de controle interno da Contribuinte, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado.

A irregularidade constatada resultou nas exigências de ICMS/operação própria, ICMS a título de substituição tributária, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, a qual foi adequada ao disposto no § 2º do dispositivo e majorada em 100% em razão de reincidências.

Em 24/11/11, a Fiscalização efetuou o procedimento de copiagem de arquivos eletrônicos no estabelecimento autuado, constituindo-se de “back up” das informações registradas no equipamento servidor de seu sistema de processamento de dados.

Na oportunidade, foi lavrado o AUTO DE COPIAGEM E AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS DIGITAIS (fls. 13), devidamente assinado pelo Auditor Fiscal e pelo representante legal da Autuada, ora também Coobrigado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O código HASH MDS de autenticação do arquivo eletrônico gerado na referida copiagem foi registrado no citado documento.

Importante ressaltar que também foi lavrado o Termo de Apreensão e Depósito (fls. 12).

As informações constantes do banco de dados foram transportadas para planilhas “access” e em seguida copiadas para o formato “excell”.

A análise fiscal baseou-se nas informações contidas em duas planilhas:

- planilha FACWINT_PCCONSOLIDAMES: como o próprio nome indica, contém os dados consolidados de todas as vendas do contribuinte no período de outubro de 2010 a outubro de 2011 (por amostragem às fls. 14/21);

- planilha FACWINT_PCCLIENT, que contém a listagem completa dos clientes da Empresa (por amostragem às fls. 22/28).

A Fiscalização, com utilização da ferramenta “access”, realizou o cruzamento dos dados dessas duas planilhas, utilizando-se a coluna “CODIGO” da primeira e a coluna “CODCLI” da segunda, resultando numa terceira planilha com a relação detalhada das vendas por cliente no período objeto do lançamento (por amostragem às fls. 29/32).

Ressalta-se que o cruzamento foi possível porque as duas colunas referem-se aos códigos com os quais os clientes encontram-se cadastrados no banco de dados da Contribuinte.

Essa terceira planilha foi transposta para o formato “excell” com o nome “DETALHADO – CONSOLIDA MÊS COM CLIENTE CORRESPONDENTE” (por amostragem às fls. 33/34).

Em seguida, o valor das vendas foi agrupado em períodos mensais para comparação com os valores de faturamento declarado à Fiscalização, gerando, dessa forma, a quarta planilha: “DETALHADO – CONSOLIDA MÊS COM CLIENTE CORRESPONDENTE – TOTAIS MÊS” (fls. 35).

A partir desses valores agrupados por mês, foi feito o confronto com os valores de faturamento declarados pela Autuada à Fiscalização, gerando a quinta planilha: “AGRUPADO – CONSOLIDA MÊS COM CLIENTE CORRESPONDENTE x VALOR DECLARADO” (fls. 36).

Ressalta-se que a íntegra de todas as planilhas encontra-se disposta no “cd” às fls. 44.

Com efeito, nessa planilha de confronto, constata-se que a Empresa promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Diante do exposto, conclui-se que a planilha FACWINT_PCCONSOLIDAMES, copiada do banco de dados da Empresa, possui registros tanto de vendas regulares, idênticos aos encontrados nos arquivos SINTEGRA/SPED FISCAL ou DAPI da Contribuinte, como de vendas realizadas sem emissão de documento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na primeira coluna dessa planilha, encontra-se a informação quanto à diferenciação entre vendas acobertadas e desacobertadas de documentos fiscais.

As vendas acobertadas encontram-se registradas com a letra “C”, sendo que as vendas desacobertadas encontram-se registradas com a letra “P”.

Contudo, essa constatação apresenta-se de certa forma irrelevante, tendo em vista que todas as vendas constatadas na planilha FACWINT_PCCONSOLIDAMES foram confrontadas com as vendas declaradas pela Autuada por intermédio de suas Declarações de Apuração e Informação do ICMS (DAPIs).

Em sua defesa, a Impugnante alega que a Fiscalização fez o cruzamento da planilha de vendas mensais com a planilha de clientes, porém “misturando” o código de produto com o código de cliente.

Contudo, observando as duas planilhas, constata-se que o código que aparece nelas é o código de cliente, conforme atestado pela Fiscalização.

Conforme esclarecido pela Fiscalização, a planilha FACWINT_PCCONSOLIDAMÊS foi apresentada no lançamento de forma idêntica à encontrada no banco de dados da Empresa, ou seja, ela é parte da copiagem feita pela Fiscalização, e revela-se uma planilha com dados consolidados de todas as vendas efetuadas pela Contribuinte no período objeto do lançamento (outubro de 2010 a outubro de 2011).

Portanto, diferentemente do afirmado pela Impugnante, não se trata de uma TABELA de PRODUTOS, codificada apenas com a letra “P”, cujo objetivo é controlar as quantidades e valores de vendas desses produtos.

Essa planilha já traz consigo originalmente os lançamentos com os códigos das letras “P” e “C”, sendo que os totais da letra “C” são bem aproximados dos valores informados pela Empresa em suas DAPIs do mesmo período.

Com relação à planilha FACWINT_PCCLIENT, também foi apresentada no lançamento de forma idêntica à encontrada no banco de dados da Empresa, ou seja, também é parte da copiagem feita pela Fiscalização, e nada mais é do que uma listagem completa dos clientes da Empresa.

Nessa planilha são disponibilizados todos os dados dos clientes da Empresa, desde o código, nome, endereço, telefone, até limite de crédito, bloqueios, datas de compras, data do cadastro, nome fantasia, nome do cônjuge, etc.

Percebe-se não ser verídico o argumento da Defesa de que a Fiscalização cruzou, transportou e importou a planilha FACWINT_PCCONSOLIDAMÊS para a planilha FACWINT_PCCLIENT, levando consigo toda a movimentação dos produtos (no exemplo utilizado o nº 15, “trigo para quibe pachá 20X500 gr.”), trocando o real significado dos códigos.

É importante destacar que o trabalho realizado pela Fiscalização foi muito simples e de fácil entendimento, conforme consta no “RELATÓRIO TÉCNICO DO TRABALHO EXECUTADO” (fls. 09/11).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tendo sido encontradas duas planilhas gerenciais no banco de dados da Contribuinte, uma de vendas (FACWINT_PCCONSOLIDAMÊS) e outra de clientes (FACWINT_PCCLIENT), a Fiscalização, utilizando a ferramenta “access”, relacionou ambas, aproveitando, para tanto, um dado comum, que foi o código dos clientes.

A planilha resultante apresentou todas as vendas que estavam registradas na planilha FACWINT_PCCONSOLIDAMÊS, mas, agora, com o nome do cliente para cada venda realizada.

Após a consolidação das vendas mês a mês, foi feita a comparação com os valores declarados à Fiscalização por intermédio das DAPIs, tendo sido constatada a ocorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Importante destacar que a Contribuinte poderia, facilmente, utilizando as ferramentas do seu sistema informatizado, demonstrar como são feitos os seus lançamentos e produzir prova a seu favor.

Diante das operações apontadas pela Fiscalização como desacobertas de documentos fiscais, poderia a Impugnante simplesmente apresentar os documentos fiscais correspondentes por ela emitidos.

Contudo, fundamenta apenas que o procedimento levado a efeito pela Fiscalização não se apresenta coerente com os arquivos copiados de seu banco de dados, não produzindo, porém, qualquer comprovação fática consistente que macule o levantamento fiscal.

As alegações apresentadas pela Impugnante em sua defesa, além de confusas, têm suporte apenas no argumento de que o cruzamento das planilhas não seria possível, considerando que o código lançado na planilha FACWINT_PCCONSOLIDAMÊS seria código de produto e não de cliente.

Diante da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas por intermédio do confronto entre as informações de vendas realizadas e as declaradas (fls. 36), a Fiscalização apurou, a partir das informações prestadas por intermédio da DAPIs mensais, os percentuais históricos mensais da Contribuinte, referentes a saídas tributadas, saídas sujeitas à tributação a título de substituição tributária, além das alíquotas médias praticadas (fls. 37/38).

Dessa forma, exigiu a Fiscalização o ICMS sobre o percentual de vendas tributadas (fls. 39) e o ICMS/ST sobre o percentual de vendas sujeitas à tributação a título de substituição tributária, com as correspondentes multas de revalidação.

No que se refere à Multa Isolada exigida, prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal), observa-se que sua tipificação corresponde exatamente à conduta praticada pela Autuada.

Verifica-se, ainda, que a Fiscalização observou sua limitação a duas vezes e meia o valor do imposto exigido, nos estritos termos do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Contudo, no que se refere à sua majoração em razão de reincidências constatadas, algumas ponderações devem ser levadas a efeito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se que a Fiscalização promoveu a majoração da multa tendo como suporte os precedentes de infrações cometidas pela Autuada apontadas às fls. 45/46, com fulcro nos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75. Verifica-se que as autuações constantes de fls. 47/49 dizem respeito a recolhimento a menor de ICMS/ST, porém sem aplicação de qualquer tipo de multa isolada.

Pois bem, observando-se os precedentes de fls. 45/46, constata-se que a primeira infração foi reconhecida pela ora Autuada em 28/02/09 (data do pagamento), sendo a segunda reconhecida na data de 12/02/11.

Portanto, considerando que as exigências referem-se ao período de outubro de 2010 a outubro de 2011 e são organizadas de forma mensal, conclui-se que a majoração da penalidade no percentual de 50% (cinquenta por cento) encontra respaldo no precedente do exercício de 2009, sendo corretamente exigida no período de outubro de 2010 a fevereiro de 2011.

Entretanto, a majoração da multa isolada no percentual de 100% (cem por cento) deve prevalecer somente a partir do mês de março de 2011, tendo em vista que o reconhecimento da segunda infração pela Autuada somente ocorreu no mês de fevereiro de 2011.

No tocante à inclusão do Coobrigado, faz parte do polo passivo da obrigação tributária, além da pessoa jurídica, o sócio administrador da empresa José Agnaldo Pimenta da Silva.

O sócio administrador responde pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

Analisando a infração imputada à Autuada no lançamento em questão, conclui-se que há prática de fraude contra a Fazenda Pública Estadual visando à supressão ou redução do ICMS devido.

Nesse sentido, quando existe infração à lei tributária, há responsabilidade solidária dos sócios-gerentes, administradores, diretores, dentre outros, na dicção do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN).

O Coobrigado sócio administrador manteve-se à frente da empresa autuada por todo o período objeto das exigências fiscais.

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*". O referido dispositivo do CTN possibilita que a lei da pessoa política competente para tributar gradue a responsabilidade dos obrigados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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.

A gestão e/ou administração dos sócios com infração à lei tributária surge concomitantemente à obrigação tributária.

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

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

Infere-se, do art. 135 do CTN, que são pessoalmente responsáveis pela obrigação tributária decorrente de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, o mandatário, o preposto, o administrador, o sócio gerente, o gerente ou representante de pessoa jurídica de direito privado.

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

Assim, correta a inclusão do Sr. José Agnaldo Pimenta da Silva no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado.

O Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que, quando há infração à lei, os sócios gerentes, administradores e outros

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

respondem pela obrigação tributária como no AgRg no Ag 775621 / MG, julgado em 2007, relator Ministro José Delgado, nos seguintes termos:

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

No mesmo sentido, o TJ/RS nos embargos infringentes nº 594124984, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, decidiu:

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

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

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

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

ISTO COLOCADO, VÊ-SE, NO CASO CONCRETO, QUE SE ENCONTRA COMPROVADO NOS AUTOS (F. 28 E 37) A ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE COM O USO INDEVIDO DA ALÍQUOTA REDUZIDA E DA VENDA MERCANTIL FRAUDULENTA, PELO QUE RESPONDEM OS SÓCIOS SOLIDARIAMENTE.

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Nesse sentido, correta a responsabilização tributária do sócio administrador.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, importante ressaltar que, no que diz respeito à majoração da multa isolada pela reincidência, verifica-se que tal fato foi constatado apenas em relação à Autuada.

Nesse interim, apesar do Coobrigado ser sócio administrador da Autuada, não se pode estender a ele as situações subjetivas impostas à empresa autuada, seja sob qual fundamento for.

Assim, uma vez que para o reconhecimento da reincidência é necessário o reconhecimento da infração ou julgamento definitivo em instância administrativa, e que tal situação não se verifica em desfavor do Coobrigado, não se pode exigir deste o agravamento da penalidade por extensão, diante da total ausência de disposição legal nesse sentido.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a exigência da multa isolada ao percentual de 100% (cem por cento) somente a partir do mês de março de 2011, nos termos do parecer da Assessoria e, ainda, para excluir a majoração da multa isolada em relação ao coobrigado. Vencida, em parte, a Conselheira Ivana Maria de Almeida (Revisora), que mantinha a majoração em relação ao coobrigado. Vencido, também em parte, o Conselheiro Ricardo Capucio Borges, que excluía a exigência do ICMS e Multa de Revalidação para as saídas sujeitas à Substituição Tributária. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Guilherme Vinícius Magalhães e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Ricardo Capucio Borges.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Relator**

GR/R

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.342/13/1 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000187617-53	
Impugnação:	40.010133742-81	
Impugnante:	DL-Distribuidora de Alimentos Liderança Ltda	
	IE: 001059521.00-40	
Coobrigado:	José Agnaldo Pimenta da Silva	
	CPF: 944.718.606-82	
Proc. S. Passivo:	Vinícius Mattos Felício/Outro(s)	
Origem:	DF/Governador Valadares	

Voto proferido pela Conselheira Ivana Maria de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Trata-se de discordância quanto à exclusão da majoração da multa isolada em relação ao Coobrigado.

Conforme relatório do acórdão, versa a autuação sobre saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, irregularidade constatada mediante confronto dos valores das vendas declaradas à Fiscalização pela Impugnante em seus arquivos Sintegra/DAPI com os valores de vendas registrados em suas planilhas FACWINT_PCCLIENT e FACWINT_PCCONSOLIDAMES encontradas em seu banco de dados.

Faz parte do polo passivo da obrigação tributária, além da pessoa jurídica, o sócio administrador da empresa José Agnaldo Pimenta da Silva.

A decisão majoritária esposou o entendimento de que, analisando a infração imputada à Autuada, conclui-se, sem muito esforço, que há prática de fraude contra a Fazenda Pública Estadual, visando à supressão ou redução do ICMS devido.

Nesse sentido, entendeu correta a responsabilização tributária do sócio administrador. Não obstante, em relação à exigência da multa isolada, excluiu sua majoração em relação ao Coobrigado.

Outro é o entendimento desta Conselheira, haja vista os argumentos expendidos a seguir.

Quando existe infração à lei tributária, há responsabilidade solidária dos sócios-gerentes, administradores, diretores, dentre outros, na dicção do art. 135, III do Código Tributário Nacional (CTN).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, o art. 124, inciso II do CTN prescreve que "são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei".

Com essa autorização do CTN, o art. 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75, dispõem:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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.

Assim, o sócio administrador responde pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

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

Destaca-se que, *in casu*, o Coobrigado sócio administrador manteve-se à frente da empresa autuada, com 99% (noventa e nove) por cento de participação, por todo o período objeto das exigências fiscais, inclusive daquelas que ensejaram a constatação da reincidência.

Corroborar a assertiva acima a tela do SICAF:

VFGAN49L

S I C A F

SEF/MGNFGAN49L

Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais 07.10.2013

Consulta Todos os Socios de um Contribuinte

14:54

Inscr. Estadual: 001059521 00 40

Nome Comerc.: DL-DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LIDERANCA LTDA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Situacao: ATIVO

(...)

C.P.F.: 944718606-82

C.G.C.:

Num.Esp.:

Nome: JOSE AGNALDO PIMENTA DA SILVA

Cargo: SOCIO-ADMINISTRADO

Perc. Partic.: 99,00

Data Inicio Soc.: 20.11.2007

Data Fim Soc.:

Nesse sentido, imperioso concluir que a gestão e/ou administração do sócio com infração à lei tributária surge concomitantemente à obrigação tributária.

Defende-se, portanto, a manutenção da reincidência para o Coobrigado, sem prejuízo da adequação da multa isolada, nos termos dos votos majoritários.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2013.

**Ivana Maria de Almeida
Conselheira**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.342/13/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000187617-53
Impugnação: 40.010133742-81
Impugnante: DL-Distribuidora de Alimentos Liderança Ltda
IE: 001059521.00-40
Coobrigado: José Agnaldo Pimenta da Silva
CPF: 944.718.606-82
Proc. S. Passivo: Vinícius Mattos Felício/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

Voto proferido pelo Conselheiro Ricardo Capucio Borges, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Conforme verifica-se do processo em epígrafe, trata-se de lançamento em que há a exigência de ICMS a título de substituição tributária nas saídas de determinados produtos, cujas operações estão sujeitas ao regime de tributação pela sistemática de substituição tributária.

Assim, considerando que, em tese, tais mercadorias, pela referida sistemática, já teriam seu recolhimento efetivado para o Estado de Minas Gerais em operações antecedentes, é de se ajustar, salvo prova inequívoca ao contrário que no presente procedimento não se encontra acostada, que seriam inexigíveis o ICMS e a correspondente multa de revalidação.

Vale ainda dizer que, acertadamente, a presente questão foi identificada e trazida aos autos pela Assessoria deste Egrégio Conselho de Contribuintes às fls. 172, conforme se extrai do trecho abaixo colacionado:

"(...)Não obstante, no que se refere às saídas de mercadorias submetidas à tributação a título de substituição tributária, entende-se que as mercadorias já chegariam ao estabelecimento ora autuado com antecipação do imposto por substituição tributária, conforme legislação de regência (Anexo XV do RICMS), considerando-se que a ora Autuada encontra-se cadastrada no código de nº 4639-7/01 (comércio atacadista de produtos alimentícios em geral) na tabela de Classificação Nacional de Atividades Econômicas.

Nesse sentido, considerando-se que não há comprovação material de que as mercadorias submetidas à tributação a título de substituição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributária que saíram desacobertadas de documentos fiscais deram entrada, também, desacobertadas, propõe-se a exclusão das exigências do ICMS/ST e respectiva multa de revalidação.(...)"

Importa, ainda, dizer que existem inúmeros outros precedentes que seguem a mesma linha esposada, estando o presente entendimento em consonância com as normas e princípios norteadores do Direito Tributário e Positivo vigentes em nosso ordenamento jurídico. Vejamos alguns a título exemplificativo:

ACÓRDÃO: PTA/AI: IMPUGNAÇÃO: IMPUGNANTE: PROC. S. PASSIVO: ORIGEM: EMENTA 21.113/13/3A RITO: SUMÁRIO 01.000186365-25 40.010133553-92 LUSTRES ILUMINA DIVINÓPOLIS LTDA - ME IE: 223209254.00-34 JOSÉ ANTÔNIO DOS SANTOS/OUTRO(S) DF/DIVINÓPOLIS

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS. IMPUTAÇÃO FISCAL DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS BASEADA EM CONFERÊNCIA DOS LANÇAMENTOS CONTÁBEIS NO LIVRO CAIXA, QUANDO O FISCO APUROU INGRESSO DE RECURSOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. A PRESUNÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL É PERMITIDA PELO ART. 49, §§ 1º E 2º DA LEI N.º 6.763/75 C/C O ART. 194, § 3º DA PARTE GERAL DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DO ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II, E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA "A", AMBOS DA LEI N.º 6.763/75. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO. NO CASO DOS AUTOS, NO ENTANTO, POR SE TRATAR DE SAÍDAS DE MERCADORIAS CUJO IMPOSTO SE RECOLHE NA ENTRADA POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E NÃO HAVENDO PROVAS DE QUE AS AQUISIÇÕES DOS PRODUTOS OCORRERAM À MARGEM DA LEGALIDADE, EXCLUEM-SE AS EXIGÊNCIAS REMANESCENTES DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO, MANTENDO-SE A MULTA ISOLADA. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

ACÓRDÃO: PTA/AI: RECURSO DE REVISÃO: RECORRENTE: RECORRIDA: PROC. S. PASSIVO: ORIGEM: EMENTA 4.099/13/CE - 01.000174107-28 - 40.060134233-25 NESTLÉ BRASIL LTDA IE: 186002263.95-89 FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL LEONARDO RESENDE ALVIM MACHADO/OUTRO(S) DF/CONTAGEM RITO: ORDINÁRIO

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - BASE DE CÁLCULO - PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. CONSTATADO QUE A AUTUADA RETEVE E RECOLHEU A MENOR ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM RELAÇÃO ÀS MERCADORIAS CONSTANTES DO ITEM 43 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02, EM DECORRÊNCIA DA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO ESTAR EM DESACORDO COM O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ESTABELECIDO NO ART. 19, INCISO I, ALÍNEA "B", ITEM 3 DA PARTE 1 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II, § 2º E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA "C" DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 106, INCISO II, ALÍNEA "C" DO CTN. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO. ENTRETANTO DEVEM SER EXCLUÍDAS AS EXIGÊNCIAS RELATIVAS AO ICMS/ST SOBRE OS DESCONTOS INCONDICIONAIS CONCEDIDOS, AS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA APLICADAS, BEM COMO OS JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES ATÉ 11/08/11, VOLTANDO A INCIDIR A PARTIR DE 12/08/11, CONFORME O ART. 100, INCISO III C/C O PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. REFORMADA A DECISÃO ANTERIOR.

Em face do exposto e tendo em vista o que dispõe a legislação tributária, decido pela procedência parcial do lançamento para excluir as exigências de ICMS, e respectiva multa de revalidação, para as operações submetidas à tributação a título de substituição tributária, conforme fundamentos acima apresentados, bem como pela insubsistência da majoração da multa isolada nos termos do voto do Ilustre Conselheiro Relator.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2013.

**Ricardo Capucio Borges
Conselheiro**