

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.696/17/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000465444-78
Impugnação: 40.010141178-51, 40.010141180-17 (Coob.), 40.010141179-32 (Coob.)
Impugnante: Cosmetic France Comércio e Distribuidora Ltda - EPP
IE: 002449275.00-53
Jorginaldo Malaquias Soares (Coob.)
CPF: 812.413.218-68
Maria Idalbinha Meneses de Sousa (Coob.)
CPF: 065.850.248-42
Proc. S. Passivo: Achiles Augustus Cavallo/Outro(s)
Origem: DFT/Pouso Alegre

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência do sócio, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – COSMÉTICOS. Constatado que a Autuada deixou de destacar e recolher o ICMS operação própria incidente nas saídas de mercadorias com destino a outro contribuinte. As mercadorias foram recebidas com recolhimento indevido de substituição tributária, tendo em vista a interdependência com o estabelecimento fornecedor, implicando por conseguinte a obrigatoriedade do pagamento do ICMS operação própria, nos termos do art. 12 inciso I, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A atuação versa sobre falta de consignação do ICMS operação própria (ICMS/OP), incidente sobre as operações da Autuada de saída de mercadorias constantes do item 24, Parte 2, Anexo XV, do RICMS/02, no período de agosto a novembro de 2015.

A obrigação da Autuada pelo pagamento do ICMS/OP decorre da constatação da interdependência entre ela e a empresa Vedic Hindus Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda, CNPJ nº 48.875.587/0001-09, com sede no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estado de São Paulo, que, por sua vez, entendendo se revestir da condição de substituta tributária, fizera, erroneamente retenção do ICMS/ST.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada previstas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

Nesta mesma direção, também não consignou a Base de Cálculo do ICMS/Substituição Tributária nem o valor do ICMS/Substituição Tributária retido de seus clientes, devido pelas operações subsequentes, cuja cobrança se efetivou por meio de outro lançamento do respectivo crédito tributário já formalizado no PTA nº 01000465298-78.

Os procedimentos fiscais irregulares decorreram da aplicação, indevida, por parte de seu fornecedor, do Protocolo ICMS nº 36, de 05 de junho de 2009, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e de toucador, sem observar a legislação tributária do estado de Minas Gerais, conforme disciplinado na Cláusula Oitava do Convênio ICMS nº 81/93.

Os Coobrigados foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária.

Inconformada, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por seus procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 22/50, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 71/77.

Dentre os argumentos trazidos, a Fiscalização apresenta informações obtidas em consulta ao portal da Nota Fiscal Eletrônica, de onde extraiu a comprovação de que a Autuada adquire os produtos em tela, exclusivamente da empresa Vedic Hindus Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda., conforme fls. 76.

Em função da apresentação do referido documento, foi concedida novamente vista à Autuada, que manifesta-se às fls. 84.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 86/87, informando que o citado documento de fls. 76, tem como fonte o Banco de Dados de Notas Fiscais Eletrônicas recebidas e/ou emitidas pela Autuada, do aplicativo Auditor Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

Portanto, o documento de fls. 76 reproduz a relação das notas fiscais eletrônicas emitidas por terceiros, destinadas à Autuada no período de 28/11/14 a 07/12/15.

Pede ao final pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

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

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza

das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Portanto, a afirmação de que houve uma forma incorreta de apuração fiscal não procede, visto que, conforme demonstrado, todos os atos praticados pela autoridade fiscal embasaram-se na legislação tributária estadual e federal pertinentes ao assunto, tendo a Fiscalização observado estritamente o que dispõe os art. 69 e 70 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que tratam dos procedimentos preparatórios para o lançamento.

A Autuada foi devidamente intimada do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) em 08/12/15, doc. de fls. 14/16.

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

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado a autuação versa sobre falta de consignação do ICMS operação própria (ICMS/OP), incidente sobre as operações da Autuada de saída de mercadorias constantes do item 24, Parte 2, Anexo XV, do RICMS/02, no período de agosto a novembro de 2015.

A obrigação da Autuada pelo pagamento do ICMS/OP decorre da constatação da interdependência entre ela e a empresa Vedic Hindus Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda, CNPJ nº 48.875.587/0001-09, com sede no estado de São Paulo, que, por sua vez, entendendo se revestir da condição de substituta tributária, fizera, erroneamente retenção do ICMS/ST.

Nesta mesma direção, também não consignou a Base de Cálculo do ICMS/Substituição Tributária nem o valor do ICMS/Substituição Tributária retido de seus clientes, devido pelas operações subsequentes, cuja cobrança se efetivou por meio de outro lançamento do respectivo crédito tributário já formalizado no PTA nº 01.000465298-78.

Os procedimentos fiscais irregulares decorreram da aplicação, indevida, por parte de seu fornecedor, do Protocolo ICMS nº 36, de 05 de junho de 2009, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e de toucador, sem observar a legislação tributária do estado de Minas Gerais, conforme disciplinado na Cláusula Oitava do Convênio ICMS nº 81/93.

A infração imputada foi efetivamente comprovada e caracterizada, sobremaneira com a apresentação das informações obtidas pela Fiscalização junto ao Banco de Dados de Notas Fiscais Eletrônicas recebidas e/ou emitidas por meio da utilização do aplicativo Auditor Eletrônico da SEF/MG.

Cumprе destacar que os dados foram obtidos do portal da Nota Fiscal Eletrônica, fato que já lhe atribuiria a validade necessária como prova. Não obstante, no curso do processo administrativo tributário a Autuada poderia ter apresentado uma única nota fiscal de aquisição apontando origem diversa daquela descrita pela Fiscalização, fato não verificado nos autos.

Dessa forma, a atribuição da responsabilidade pela retenção/recolhimento do ICMS devido por substituição tributária à Impugnante, foi promovida de forma acertada e teve como embasamento a legislação tributária mineira e o Convênio ICMS nº 81/93.

Assim dispõe o art. 113 do Anexo XV do RICMS/02, vigente à época dos fatos geradores:

Efeitos de 1º/08/2009 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 1º, I, e vigência estabelecida pelo art. 3º, IV, ambos do Dec. nº 45.138, de 20/07/2009:

Art. 113. A substituição tributária não se aplica às operações realizadas entre estabelecimentos de empresas interdependentes com as mercadorias de que trata o item 24 da Parte 2 deste anexo, exceto as operações que destinarem a mercadoria para estabelecimento varejista.

Parágrafo único. Na hipótese de inaplicabilidade da substituição tributária prevista no caput, a responsabilidade da retenção recairá sobre o estabelecimento interdependente, no momento em que este promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte.

Esse dispositivo define a responsabilidade pela retenção do ICMS/ST, no caso de empresas interdependentes que comercializem os produtos elencados no Item 24 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Contudo, os critérios para definir a relação de interdependência estão dispostos no art. 115, e, no caso em tela, mais especificamente, no inciso IX do Anexo XV do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 115 - Para fins do disposto nos arts. 113 e 114 desta Parte, consideram-se estabelecimentos de empresas interdependentes quando:

(...)

IX - uma tiver adquirido ou recebido em consignação da outra, no ano anterior, mais de 50% (cinquenta por cento) do seu volume total de aquisições. (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme já mencionado, a Impugnante adquire os produtos, exclusivamente da empresa Vedic Hindus Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda, desde o início de suas atividades.

Dessa forma, o fornecedor/remetente dos produtos, estabelecido no estado de São Paulo, deveria observar a legislação tributária do estado de Minas Gerais conforme disciplinado na cláusula oitava do Convênio nº 81/93, *in verbis*:

Convênio nº 81/93

Estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

Cláusula oitava

O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.

Conforme pode ser verificado na cópia do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE) de fl. 13, verifica-se que os valores de base de cálculo do ICMS/ST apresentados nas informações complementares, são muito inferiores em comparação com a Margem de Valor Agregado (MVA) aplicada para os produtos do item 24, Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

No demonstrativo do crédito tributário de fls. 12 são apresentados os valores devidos do ICMS operação própria, a multa de revalidação e a multa isolada pela falta de consignação da base de cálculo.

Oportuno esclarecer que o lançamento foi efetivado por autoridade fiscal competente, em observância ao art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, que assim dispõe:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Defesa, que aduz não haver amparo legal para coexistência das duas penalidades exigidas de maneira cumulativa.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada. Já a multa capitulada no art. art. 55, inciso XXXVII da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

Assim, reiterando, a ausência de recolhimento integral da obrigação principal sujeita o contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75, e, existindo ação fiscal, a pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

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

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Por fim, no tocante à eleição dos sócios administradores como responsáveis solidários pela obrigação tributária, nominados no Auto de Infração como Coobrigados, está correta e tem seu fundamento no art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 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. (Grifou-se).

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).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O art. 135, incisos II e III do Código Tributário Nacional - 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.

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:

I e II - (...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Portanto, como a Autuada e os Coobrigados não apresentaram provas suficientes para elidir o feito fiscal, corretas as exigências fiscais.

Cumprido destacar que os valores exigidos no presente Auto de Infração foram considerados como ICMS operação própria para o cálculo do ICMS/ST no PTA nº 01000465298-78.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir a juntada de substabelecimento apresentado da Tribuna. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pelas Impugnantes, sustentou oralmente a Dra. Marcela Ruiz Cavallo e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 30 de agosto de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

GR/T