

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.518/23/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001462108-90
Impugnação: 40.010150309-46, 40.010150310-21 (Coob.)
Impugnante: J F Aquino Distribuidora
IE: 002905745.00-46
Jhones Fortunato Aquino (Coob.)
CPF: 097.619.366-35
Coobrigado: Rodrigo Lemos Bethonico
CPF: 053.843.696-47
Proc. S. Passivo: Eduardo Arrieiro Elias, Creuza Calixta da Hora
Gomes/Outro(s)
Origem: DF/Manhuaçu

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Os Coobrigados respondem pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III, do CTN e do art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - ESTOQUE DESACOBERTADO - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo de mercadorias, que a Autuada manteve em estoque mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Irregularidade apurada por meio de procedimento idôneo, previsto no art. 194, inciso II, do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Em 19/12/19, mediante contagem física de mercadorias, constatou-se que a empresa J F Aquino Distribuidora mantinha em estoque produtos de uso hospitalar e odontológico desacobertos de documento fiscal. A contagem física foi realizada na presença do proprietário de fato da empresa (Documento 7) e teve como referência o relatório "Posição de Estoque com Movimentação do Dia", apresentado por ele no momento da diligência fiscal (Documento 8).

Exige-se o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada a duas vezes o valor do imposto, conforme o art. 55, § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O proprietário de direito (Jhones Fortunato Aquino) e o administrador e proprietário de fato (Rodrigo Lemos Bethonico) foram incluídos como Coobrigados, pois são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e do art. 1º da Portaria SRE nº 148, de 16/10/15, c/c Subitem 1.8.8 do Anexo Único da referida norma.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 359/372 dos autos, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 2.264/2.291.

A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 2.294/2.295.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 2.304/2.310.

A Fiscalização novamente se manifesta (fls. 2.314/2.329).

DECISÃO

Do Mérito

Conforme relatado, em 19/12/19, mediante contagem física de mercadorias, constatou-se que a empresa J F Aquino Distribuidora mantinha em estoque produtos de uso hospitalar e odontológico desacobertos de documento fiscal. A contagem física foi realizada na presença do proprietário de fato da empresa (Documento 7) e teve como referência o relatório “Posição de Estoque com Movimentação do Dia”, apresentado por ele no momento da diligência fiscal (Documento 8).

Exige-se o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada a duas vezes o valor do imposto, conforme o art. 55, § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

O proprietário de direito (Jhones Fortunato Aquino) e o administrador e proprietário de fato (Rodrigo Lemos Bethonico) foram incluídos como Coobrigados, pois são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, do art. 135, inciso III do CTN e do art. 1º da Portaria SRE nº 148, de 16/10/15, c/c Subitem 1.8.8 do Anexo Único da referida norma.

Inicialmente, cumpre destacar que o procedimento adotado pela Fiscalização, para apurar as operações realizadas pela Autuada, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso II, do RICMS/02, nos seguintes termos:

RICMS/02

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

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao mérito dos autos, salienta-se que o Coobrigado Rodrigo Lemos Bethonico assume que adquiriu mercadorias sem nota fiscal, conforme perguntas e respostas extraídas do Termo de Entrevista às fls. 57/63.

Quanto à alegação de ofensa ao art. 146 do CTN, ressalta-se que em momento algum houve modificação de critério jurídico do Auto de Infração. Também não houve descumprimento dos ditames do art. 142 do CTN, tendo em vista que os requisitos do lançamento tributário estão presentes no Auto de Infração. Veja-se o teor dos citados dispositivos legais:

CTN

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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

(...)

O lançamento do crédito tributário foi efetuado pelo Fisco, que, mediante diligência no estabelecimento da Autuada, verificou a ocorrência de estoque de mercadorias desacobertas de documento fiscal, procedeu à perfeita identificação das mercadorias, com descrição e preço dos produtos, identificou o Sujeito Passivo e calculou o montante do tributo devido, com aplicação das penalidades cabíveis, ou seja, multa de revalidação e multa isolada.

O Auto de Infração obedeceu aos ditames do art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, reproduzido a seguir, *in verbis*:

RPTA

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - em se tratando de crédito tributário contencioso em PTA em meio físico, a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação.

Parágrafo único. Portaria da Subsecretaria da Receita Estadual estabelecerá as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia.

(...)

Ademais, como já exaustivamente demonstrado nas manifestações fiscais anexas aos autos, desde o início do trabalho fiscal, o Fisco possibilitou à Contribuinte o exercício da ampla defesa e do contraditório, como se comprova através de todas as intimações feitas aos Impugnantes e constantes destes autos.

Tanto é que os Sujeitos Passivos apresentaram impugnações e se defenderam das imputações fiscais por pelo menos três vezes.

Em relação à alegação de necessidade de reformulação de crédito tributário, devido à ampliação de período de levantamento quantitativo de forma desproporcional, cumpre destacar que o período de fiscalização está claro no Auto de Infração e refere-se ao intervalo de tempo com marco final na data da contagem física, ou seja, 19/12/19. Como a Contribuinte informou que as mercadorias teriam validade de cerca de 9 (nove) meses, a Fiscalização ampliou esse período para 11 (onze) meses e 19 (dezenove) dias, em prol da Contribuinte.

Ademais, os Impugnantes informaram que deveriam ser consideradas as notas fiscais de janeiro a setembro de 2019, porém, até a data da contagem física,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

19/12/19, as notas fiscais também precisam ser consideradas, pois ocorreram entradas e saídas de mercadorias.

Quanto à alegação de mensuração do custo de aquisição de produtos por pesquisa no sítio “mercado livre”, para que se cancele o Auto de Infração, o art. 148 do CTN fundamenta a aplicação do arbitramento da base de cálculo, uma vez que a Fiscalização apresentou à Contribuinte, em procedimento fiscal regular, a pesquisa do preço corrente da mercadoria e tais preços não foram contestados mediante exibição de documentos.

CTN

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

(...)

Ademais, os arts. 13, § 27, e 51, incisos I e III da Lei nº 6.763/75 c/c arts. 53, incisos I e III, e 54, inciso II do RICMS/02 deixam claro que o valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, nas seguintes situações:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

§ 27. A base de cálculo do imposto, conforme dispuser o Regulamento, será arbitrada pelo Fisco, quando for omissa ou não merecer fé a declaração, o esclarecimento ou o documento do sujeito passivo ou de terceiro legalmente obrigado, assegurado a este o direito à contestação do valor arbitrado, mediante impugnação, com exibição de documento que comprove suas alegações, dentro do contencioso administrativo-fiscal, na forma em que dispuser a legislação tributária administrativa.

(...)

Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

I - o contribuinte não exibir à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

(...)

RICMS/02

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

I - não forem exibidos à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

(...)

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

(...)

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

II - o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, ou da prestação, na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação;

(...)

Restou claro que apenas quanto aos poucos produtos dos quais a Autuada não possuía qualquer documento, nota fiscal de entrada ou de saída ou, ainda, não tinha apresentado informações, é que o Fisco buscou valores por meio de pesquisa de preço médio na internet (ANEXO 7), prática amparada pelo CTN e pela legislação tributária estadual para as mercadorias desacobertas cujos valores não foram informados pelo contribuinte. Ou seja, o arbitramento aconteceu em menos 10% (dez por cento) dos casos, de forma extremamente minoritária e totalmente amparada pela legislação tributária.

Portanto, é totalmente infundada a alegação de que houve arbitramento da base de cálculo do imposto sem a observância do art. 148 do CTN.

No que diz respeito às penalidades aplicadas, a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 refere-se a descumprimento de obrigação principal e é exigida em razão do não recolhimento do ICMS pela Autuada. Veja-se o teor do citado artigo, *in verbis*:

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

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

A Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, por sua vez, diz respeito a descumprimento de obrigação acessória e é exigida, entre outras situações, quando há estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal. Confira-se a previsão legal mencionada:

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:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacoberta de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

Nesse ponto, reforça-se que a fixação da multa isolada observou o limitador legal do art. 55, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

Art. 55. (...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(...)

Dessa forma, ao manter estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, a Autuada incorre no não cumprimento de obrigação tributária acessória, o que a sujeita à Penalidade prevista art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Por fim, quanto à alegação de efeito confiscatório das multas, conforme disposto no art. 110, inciso I do RPTA, este Conselho de Contribuintes não possui competência para análise de matéria constitucional, pelo que deixa-se de analisar a alegação de efeitos confiscatórios das penalidades aplicadas.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...)

Corretas, portanto, as cobranças referentes ao ICMS, à multa isolada e à multa de revalidação, visto que foram exigidos na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Por fim, quanto à inclusão do proprietário de direito e do administrador e proprietário de fato da Autuada no polo passivo da obrigação tributária, há que se enfatizar que diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas respondem, pessoalmente, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, conforme o art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

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

(...)

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária. Induvidoso, ainda, que os Coobrigados tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa. Dessa forma, diante das irregularidades constatadas, correta a inclusão do proprietário de direito e do administrador e proprietário de fato da Autuada no polo passivo da obrigação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 2294/2295. Pela Impugnante J F Aquino Distribuidora, sustentou oralmente a Dra. Claudiane Carvalho Trindade e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Joana Faria Salomé. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Revisor) e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich.

Sala das Sessões, 31 de agosto de 2023.

**Juliana de Mesquita Penha
Relatora**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**

m/p