

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.003/18/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000919928-16
Impugnação: 40.010145621-03, 40.010145622-86 (Coob.), 40.010145706-96 (Coob.)
Impugnante: O V Comércio Varejista e Distribuidora de Combustíveis Ltda
IE: 095050179.00-75
Geci de Paula Moreira Ribeiro (Coob.)
CPF: 042.847.276-13
Luiz Carlos Ribeiro (Coob.)
CPF: 715.215.856-87
Proc. S. Passivo: José Antônio Pereira/Outro(s)
Origem: DFT/Poços de Caldas

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – NÃO COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. O art. 135, inciso III do CTN atribui responsabilidade solidária a sócio gerente de pessoa jurídica pelos atos praticados com infração de lei. Todavia, para que haja esta responsabilização, é necessário que o sócio seja administrador de fato ou de direito da sociedade. Na ausência de comprovação do poder de gerência do sócio, exclui-se o Coobrigado Luiz Carlos Ribeiro do polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o seu § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação da ocorrência de operações de entrada, saída e manutenção em estoque, de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID).

Exige-se o ICMS/ST devido, a Multa de Revalidação em dobro tipificada no art. 56, inciso II, c/c o seu § 2º, inciso III, e a Multa Isolada art. 55, II, alínea “a”, ambos da Lei Estadual nº 6.763/75.

Inconformados, a Autuada e Coobrigados apresentam, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 107/114, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 133/141.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste.

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.

Induidoso que os Impugnantes compreenderam e se defenderam 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.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares, e foram concedidos aos Impugnantes todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório e ampla defesa.

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

Da Produção de Prova Pericial

Os Impugnantes pleiteiam a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entenderem ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto, formulam quesito único à fl. 114, solicitando que seja avaliado se os produtos comprados pela Autuada em relação aos documentos fiscais foram considerados inidôneos, e se a distribuidora dos combustíveis recolheu o ICMS-ST, conforme norma constitucional prevista.

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico

necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litúgio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pelos próprios Impugnantes em suas defesas, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

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

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

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como o quesito proposto não demanda especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas ao questionamento encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação da ocorrência de operações de entrada, saída e manutenção em estoque, de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID).

Inicialmente, equivocam-se os Impugnantes ao alegarem que a base cálculo do ICMS e das multas aplicadas foram determinadas de forma presumida e firmadas em valores “médios e ponderados”.

A legislação tributária vigente determina que a retenção e recolhimento do ICMS-ST nas operações com combustíveis seja feito a partir do PMPF (preço médio ponderado a consumidor final) divulgado em Portaria da Fazenda, a serem observadas por todos os contribuintes do setor.

A Lei Complementar nº 87, de 13 setembro de 1996, prevê que no caso de mercadoria cujo preço final a consumidor seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do ICMS-ST será o preço estabelecido pelo citado órgão.

LC nº 87/96

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

O Convênio ICMS 110, de 28 de setembro de 2007, por sua vez, determina na cláusula sétima que nas operações com combustíveis e lubrificantes, a base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.

Convênio ICMS 110/07

(...)

Cláusula sétima A base de cálculo do imposto a ser retido é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.

(...)

Cláusula décima As unidades federadas deverão, na hipótese de inclusão ou alteração, informar a margem de valor agregado ou o PMPF à Secretaria-Executiva do CONFAZ, que providenciará a publicação de Ato COTEPE com indicação de todas as inclusões ou alterações informadas, de acordo com os seguintes prazos:

I - se informado até o dia 5 de cada mês, deverá ser publicado até o dia 10, para aplicação a partir do décimo sexto dia do mês em curso;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - se informado até o dia 20 de cada mês, deverá ser publicado até o dia 25, para aplicação a partir do primeiro dia do mês subsequente.

Da mesma forma, assim dispõe a Lei Estadual nº 6.763/75 e o Decreto Estadual nº 43.080/02 (RICMS/MG).

Lei Estadual nº 6.763/75

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

(...)

§ 20. Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final ao consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o referido preço por ele estabelecido.

Anexo XV do RICMS/MG

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subsequentes:

a) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

b) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

Portanto, a aplicação do preço médio ponderado a consumidor final - PMPF está respaldada na legislação tributária e não se trata de mera presunção da fiscalização.

Quanto ao Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), é um procedimento técnico idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02, que tem por finalidade a conferência das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente, pelo confronto dos estoques inicial e final com os respectivos documentos fiscais de entradas e saídas, por produto, emitidas no período.

Consiste de simples operação matemática de soma e subtração, cujo resultado representa toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente, portanto, o levantamento apenas reflete as diferenças extraídas de sua escrituração.

E ao contrário do alegado, o levantamento das diferenças não foi realizado a partir do LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis), mas dos arquivos eletrônicos do Convênio ICMS 57/95 (Sintegra) e do Convênio ICMS 146/06 (EFD/SPED), bem como das Notas Fiscais Eletrônicas do ambiente nacional e dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arquivos do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, todas estas informações fornecidas pela Autuada à Fiscalização.

Não cabe neste momento alegar a própria torpeza para questionar que a autuação está baseada em documentos elaborados pela própria empresa e que estas não podem “*fazer prova contra a si mesmo*”. A escrituração e emissão de documentos fiscais são obrigações tributárias a qual todos contribuintes se encontram sujeitos.

Ademais, todas as informações solicitadas e utilizadas no Auto de Infração estão previstas na Legislação Tributária Estadual, conforme dispõe o art. 50 da Lei Estadual nº 6.763/75.

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário

Cumprido destacar que a Autuada questiona a existência de eventuais erros ou incorreções na sua escrituração, sem contudo apresentar documentos ou provas de sua ocorrência.

Também não procede o argumento de defesa sobre a dinâmica da substituição tributária, em que afirma que o ICMS já está incluso na totalidade das entradas destes produtos nos estoques, só é válido para as operações de entradas acobertadas por documentos fiscais regularmente emitidos.

Dentre as irregularidades constatadas no LEQFID estão as entradas desacompanhadas de documentos fiscais e a manutenção em estoque de mercadorias sem documentos de entrada, portanto nestes casos, não há que se falar de ICMS recolhido anteriormente e nem que está caracterizado *bis in idem* de sua tributação.

A legislação da substituição tributária é clara ao dispor da responsabilidade do varejista nos casos em que não for efetuada a retenção pelo remetente da mercadoria, como depreende-se da regra geral do art. 15 e seu § 1º do Anexo XV do RICMS/02 e da regra específica ao varejista do comércio de combustíveis do art. 75, parágrafo único, do citado Anexo.

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

§ 1º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

Art. 75. O adquirente ou destinatário que receber combustível sem a retenção ou com a retenção a menor do imposto devido a título de substituição tributária, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 73, § 2º, desta Parte é responsável pelo respectivo pagamento, ainda que desobrigado o remetente.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

A decisão judicial trazida na peça defensiva trata-se de caso totalmente diverso ao abordado neste Auto de Infração, uma vez que a autuação fiscal refere-se as operações realizadas sem emissão de documentos fiscais, já a demanda judicial refere-se a embargos à execução de complementação de valores pelo distribuidor do produto.

A matéria em questão encontra-se pacificada neste Egrégio Conselho, que já decidiu favoravelmente em casos anteriores, conforme ementas abaixo:

ACÓRDÃO: 21.589/17/2ª

MERCADORIA - ENTRADA E ESTOQUE DESACOBERTADOS - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - COMBUSTÍVEIS. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID), A OCORRÊNCIA DE ENTRADA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DESACOBERTADOS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, DE COMBUSTÍVEIS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IRREGULARIDADES APURADAS POR MEIO DE PROCEDIMENTO TECNICAMENTE IDÔNEO PREVISTO NO ART. 194, INCISO II, DO RICMS/02, COM BASE EM INFORMAÇÕES SOBRE ENTRADAS, SAÍDAS E ESTOQUES FORNECIDAS PELA AUTUADA, CONSTANTES DAS ESCRITURAÇÕES DA EMPRESA. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E § 2º, INCISO III E MULTA ISOLADA CAPITULADA NA ALÍNEA "A", DO INCISO II, DO ART. 55, TODOS DA LEI Nº 6.763/75. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELA FISCALIZAÇÃO.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - COMBUSTÍVEIS. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID), A OCORRÊNCIA DE SAÍDA DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, DE COMBUSTÍVEIS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IRREGULARIDADE APURADA POR MEIO DE PROCEDIMENTO TECNICAMENTE IDÔNEO PREVISTO NO ART. 194, INCISO II, DO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/02, COM BASE EM INFORMAÇÕES SOBRE ENTRADAS, SAÍDAS E ESTOQUES FORNECIDAS PELA AUTUADA, CONSTANTES DAS ESCRITURAÇÕES DA EMPRESA. CORRETA A EXIGÊNCIA DE MULTA ISOLADA CAPITULADA NA ALÍNEA "A", DO INCISO II, DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACORDÃO 22.640/17/1ª

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (COMBUSTÍVEIS) DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. IRREGULARIDADES APURADAS POR MEIO DE PROCEDIMENTO TECNICAMENTE IDÔNEO PREVISTO NO ART. 194, INCISO III DO RICMS/02. PARA AS ENTRADAS E ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS, EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II C/C § 2º, INCISO III E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, E § 2º TODOS DA LEI Nº 6.763/75. PARA AS SAÍDAS DESACOBERTADAS, EXIGÊNCIA APENAS DA MULTA ISOLADA DO ART. 55, INCISO II ALÍNEA "A" DA LEI Nº 6.763/75. NO PRESENTE CASO, CORRETO VALOR DA MULTA ISOLADA APLICADA PELO FISCO, TENDO EM VISTA SER INAPLICÁVEL A LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO § 2º, DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75 ALTERADO PELA LEI Nº 22.549/17, UMA VEZ CARACTERIZADO O DOLO NA CONDUTA DA AUTUADA.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 22.444/17/3ª

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. IRREGULARIDADES APURADAS POR MEIO DE PROCEDIMENTO TECNICAMENTE IDÔNEO PREVISTO NO ART. 194, INCISO II DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II, § 2º E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Quanto à eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, deverá ser excluído o Sr. Luiz Carlos Ribeiro em razão de não ter exercido a condição de sócio-administrador durante todo o período autuado, qual seja, 01/01/12 a 31/12/14.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir o Coobrigado Luiz Carlos Ribeiro do polo passivo da obrigação tributária. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Geraldo da Silva Datas (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 27 de junho de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Wagner Dias Rabelo
Relator

CC/MG
GRT