

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.626/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001235652-25
Impugnação: 40.010148741-30
Impugnante: Maga - Imigrantes Comércio de Combustíveis e Lubrificantes Ltda.
IE: 287213708.00-52
Coobrigado: João Batista Magalhães
CPF: 120.499.278-94
Proc. S. Passivo: Ricardo da Cunha Sepini/Outro(s)
Origem: DFT/Poços de Caldas

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário, tendo em vista a contagem do prazo decadencial nos termos do disposto no inciso I, do art. 173 do Código Tributário Nacional (CTN), tendo em vista a ressalva contida na parte final do § 4º do art. 150 do referido *Codex*.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-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 – ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - COMBUSTÍVEIS. Constatou-se, mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), a ocorrência de entrada desacobertada de documentação fiscal, de combustíveis sujeitos à substituição tributária. Irregularidade apurada por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III, do RICMS/02, com base em informações sobre entradas, saídas e estoques fornecidas pela Autuada, constantes das escriturações da empresa, e informações apresentadas ao Fisco pela Autuada. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes 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.

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 III, do RICMS/02, com base em informações sobre entradas, saídas e estoques fornecidas pela Autuada, constantes das escriturações da empresa, e informações apresentadas ao Fisco pela Autuada. Crédito tributário

reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes da Multa Isolada capitulada na alínea “a”, do inciso II, do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de operações de entrada e saída de mercadorias (combustíveis) sujeitas ao regime de substituição tributária, desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), referentes ao período de 01/01/14 a 31/10/14.

Para as operações de entrada de combustíveis desacobertas de documentos fiscais apuradas, exige-se o ICMS/ST devido, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c o seu § 2º, inciso III, e a Multa Isolada tipificada no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

Para as operações de saída de combustíveis desacobertas de documentos fiscais apuradas, em decorrência do descumprimento da obrigação acessória, aplicou-se a Penalidade Isolada nos termos do art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

Além da Autuada, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, o sócio-administrador, acima identificado, nos termos do disposto no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 135, inciso III, do CTN, observando-se os atos de constituição da empresa registrados na JUCEMG.

Instruem os autos: Autos de Início da Ação fiscal – AIAFs de fls. 02/10; Auto de Infração - AI de fls. 11/13; Relatório de Autuação Fiscal de fls. 14/24; Anexo 1: Dados Cadastrais da JUCEMG, do SIARE, da ANP e relação de ECFs autorizados (fls. 25/58); Anexo 02: Documentos entregues pelo contribuinte referentes a 2014 (fls. 59/65); Anexo 03: Estoques considerados no LEQFID e declaração da capacidade de armazenagem dos tanques de combustíveis (fls. 66/68); Anexo 04: Relação das notas fiscais de entrada (modelo 55) consideradas no LEQFID (fls. 69/71); Anexo 05: mídia digital gravada contendo o LEQFID 01/01/14 a 31/10/14 (fls. 72/73); Anexo 06: Resumo do LEQFID – 2014 (fls. 74/96).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 99/114, alegando, em síntese que:

- é nulo o Auto de Infração, pois ele não possibilita a ampla defesa e o contraditório, uma vez que houve arbitramento de valores, criando irrealdade jurídica, que não se coaduna com os princípios tributários, em especial o da legalidade e tipicidade tributária;

- ocorreu a decadência parcial do crédito tributário, período de janeiro a julho de 2014, nos termos do disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), uma vez que o Sujeito Passivo foi intimado da lavratura do AI em 10/07/19;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a adoção do valor da capacidade dos tanques (conforme declaração prestada pela Autuada e consulta aos dados da Agência Nacional de Petróleo - ANP) nos casos em que os estoques finais constantes dos registros de inventário estavam superiores à capacidade destes (gasolina comum, etanol e gasolina supra); a desconsideração pelo Fisco dos documentos eletrônicos da Portaria SRE nº 123/2014 que foram devidamente apresentados ao Fisco, conforme cópias em anexo, os quais têm o condão de modificar todo o cálculo apresentado; a utilização do PMPF divulgado na data do último período para apuração da base de cálculo das saídas desacobertadas e não dos preços efetivamente praticados no período de ocorrência, sendo estes valores bem inferiores que aqueles (fala que entendimento diverso contraria o disposto no art. 150, §7º, do CTN); entende correta a utilização do PMPF médio para a apuração da penalidade em relação às saídas desacobertadas;

- no tocante às “entradas desacobertadas”, não merece prosperar a imputação fiscal, eis que o método empregado pela Fiscalização revela-se absolutamente inservível para demonstrar que houve “estouro de caixa”, descartando fatores de alta relevância, como por exemplo, a *“possibilidade do combustível ficar temporariamente armazenado no caminhão tanque, porquanto a Fiscalização registrou as compras de combustíveis no início do dia da emissão da nota fiscal”*, motivo pelo qual deve o trabalho fiscal ser inteiramente invalidado por este Conselho de Contribuintes, pois o prazo de validade da NFe é de 03 (três) dias, art. 147, §2º, do RICMS/02, e o descarregamento do combustível no reservatório do Posto não necessariamente ocorre no início do dia da emissão do documento fiscal, assim, a Fiscalização não poderia considerar que todas as compras de combustíveis foram descarregadas na data de emissão da nota fiscal, podendo ser, por exemplo, descarregado no segundo ou terceiro dia após a data de emissão da nota fiscal;

- o levantamento quantitativo levado a efeito pela Fiscalização é absolutamente inapto à demonstração das infrações imputadas ao contribuinte;

- sendo o produto sujeito ao recolhimento do imposto por substituição tributária, quando da entrada da mercadoria, a presunção de saída desacobertada não pode operar seus efeitos sem prévia averiguação de que o imposto tenha sido recolhido na entrada, sob pena de caracterizar dupla exigência, assim sendo encontrado incorreto todo o trabalho fiscal;

- ao arbitrar o estoque, criou-se uma ficção jurídico-tributária para justificar ilegal critério que presumiu ocorrência de fato gerador, além de criar base de cálculo e valores, em ofensa aos princípios da tipicidade e legalidade;

- não pode o arbitramento ser confundido com arbitrariedade ou discricionariedade como no caso em exame;

- há inconsistência no trabalho fiscal, uma vez que o cálculo estampado às fls. 10 do relatório da autuação fiscal tem erro de soma, conforme quadros de fls. 109/110;

- as multas aplicadas são confiscatórias;

- a incidência de duas multas distintas para a mesma situação jurídica e repetição para as entradas e saídas implica *bis in idem*. E que estas fogem dos limites delineados pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Reformulação do crédito tributário

A Fiscalização, acatando parcialmente as alegações da Defesa, reformula o crédito tributário às fls. 172/174, alterando os valores da Multa Isolada exigida em relação às saídas desacobertadas de documentação fiscal (demonstrativo anterior de fls. 23), por constatar erro de soma.

Referida penalidade passou de R\$ 190.609,34 para R\$186.918,65, conforme Termo de Rerratificação de fls. 172/173.

Os Autuados são devidamente intimados da reformulação do crédito tributário (fls. 176/177), sendo que a Autuada comparece aos autos, ratificando os demais pleitos da impugnação não acatados pelo Fisco.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 182/192, refuta as alegações da Defesa e requer, portanto, a procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Das Prefaciais

A Autuada requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento. Sustenta que o Auto de Infração não possibilita a ampla defesa e o contraditório, uma vez que houve arbitramento de valores, criando irrealdade jurídica, que não se coaduna com os princípios tributários, em especial o da legalidade e tipicidade tributária.

Entretanto, sem razão a Impugnante.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, uma vez que a Fiscalização utilizou para a auditoria, os livros fiscais de Registro de Entradas, Registro de Saídas, Inventário, Apuração do ICMS, todos extraídos dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD), transmitidos e assinados digitalmente pelo contribuinte, além das Notas Fiscais eletrônicas ativas extraídas do ambiente nacional e dos documentos apresentados pela Autuada.

A Fiscalização, para desenvolvimento dos trabalhos, utilizou-se da técnica fiscal do “Levantamento Quantitativo Financeiro Diário”, procedimento idôneo previsto no art. 194, III do RICMS/02.

Cabe esclarecer que tal levantamento tem por finalidade a conferência das operações de entradas e saídas de mercadorias, pelo confronto dos estoques inicial e final com os respectivos documentos fiscais (Notas Fiscais e Cupons Fiscais) de entrada e saída, por produto, emitidas no período.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste procedimento é feita uma combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), com a finalidade de apurar possíveis irregularidades, por meio da utilização da equação:

$$\text{Estoque Inicial} + \text{Entradas} - \text{Saídas} = \text{Estoque Final}$$

Trata-se, como dito, de procedimento tecnicamente idôneo utilizado pelo Fisco para apuração das operações e prestações realizadas pelo Sujeito Passivo, nos termos do art. 194, III do RICMS/02.

Importante ressaltar que 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), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso 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, prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Ressalte-se que o presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Assim, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de operações de entrada e saída de mercadorias (combustíveis) sujeitas ao regime de substituição tributária, desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro-Diário (LEQFID), no período de 01/01/14 a 31/10/14.

Para as operações de entrada de combustíveis desacobertas de documentos apuradas, exige-se o ICMS/ST devido, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c o seu § 2º, inciso III, e a Multa Isolada tipificada no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

A base de cálculo do ICMS/ST exigido deu-se com a utilização do Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), nos termos do Convênio ICMS 110/07, cláusula sétima (art. 19, inciso I, alínea “b”, item 1 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02).

As alíquotas do imposto utilizadas para apuração do ICMS/ST foram as seguintes:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

Efeitos de 1º/01/2011 a 17/03/2015 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, II, ambos do Dec. nº 45.483, de 20/10/2010:

“f) 27% (vinte e sete por cento), nas operações com gasolina para fins carburantes;”

(...)

Efeitos de 1º/01/2012 a 17/03/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, I, ambos do Dec. nº 45.946, de 02/04/2012:

“g) 19% (dezenove por cento), nas operações com álcool para fins carburantes;”

(...)

h) 15% (quinze por cento), nas operações com óleo diesel;

(...)

Para as operações de saída de combustíveis desacobertadas de documentos fiscais apuradas, em decorrência do descumprimento da obrigação acessória, aplicou-se a Penalidade Isolada nos termos do art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

Conforme reformulação do crédito tributário (fls. 172/174), o erro de soma apontado pela Defesa foi sanado pela Fiscalização.

Alega a Defesa que se operou a decadência parcial do crédito tributário, período de janeiro a julho de 2014, nos termos do disposto no art. 150, § 4º, do CTN, uma vez que o Sujeito Passivo foi intimado da lavratura do Auto de Infração em 10/07/19.

Entretanto, não há de se falar em decadência do direito de lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos no período retro, com base no disposto no § 4º do art. 150 do CTN, como sustentado pela Defesa.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo legal, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, contado da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, ao lançamento de ofício aplica-se a contagem do prazo fixada no art. 173, inciso I, do CTN.

Necessário destacar, ainda, que **o caso dos autos refere-se à constatação, pela Fiscalização, de operações com mercadorias sem acobertamento fiscal** e a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que em tais casos aplica-se a contagem do prazo decadencial nos termos do que dispõe o art. 173, inciso I, do CTN, tendo em vista a ressalva contida na parte final do §4º do art. 150 do CTN, *in verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (Grifos acrescidos).

Dessa forma, constata-se que o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2014 somente se expirou em 01/01/20, conforme disposto no inciso I do retromencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 10/07/19 (fls. 97).

No tocante à exigência do ICMS/ST, vale dizer que, originariamente, o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS é o contribuinte eleito pelo legislador como substituto tributário.

Entretanto, se esse imposto não é retido pelo substituto, aquele que recebeu a mercadoria sem a devida retenção é responsável pelo recolhimento do imposto não pago, como no caso dos autos em que se constatou a entrada de mercadoria sujeita à substituição tributária sem documentação fiscal, portanto sem o recolhimento do ICMS/ST devido.

Nesse sentido, dispõe o art. 22, inciso II e §§ 18 a 20, da Lei nº 6.763/75, bem como o art. 1º, inciso II, e o art. 15, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

§ 20 - A responsabilidade prevista nos §§ 18 e 19 deste artigo será atribuída ao destinatário da mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto, nos casos em que a legislação determine que seu vencimento ocorra na data de saída da mercadoria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/02 - Anexo XV - Parte 1

Art. 1º Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido:

(...)

II - pelos adquirentes ou destinatários da mercadoria, pelas operações subsequentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

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.

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

"Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria 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 recolhido por ocasião da saída da mercadoria.

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/10/2013 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

"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."

Dessa forma, autorizado que foi pela legislação que rege a matéria, acima reproduzida, o imposto devido por substituição tributária nas operações objeto desta autuação está sendo exigido da Autuada, na qualidade de responsável solidária, por ter recebido mercadoria sem documento fiscal e, por consequência, sem a devida retenção e recolhimento do imposto devido.

No caso em tela, o que se tem é a constatação, mediante o referido Levantamento Quantitativo, de entradas de combustíveis, sem que houvesse o devido acobertamento fiscal das mercadorias, não havendo, assim, que se falar em *bis in*

ideme, conforme legislação supracitada, tornando a Autuada responsável pelo recolhimento do ICMS/ST.

Como já destacado, a Fiscalização, para desenvolvimento dos trabalhos, utilizou-se da técnica fiscal do “Levantamento Quantitativo Financeiro Diário”, procedimento idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02.

Cabe esclarecer que tal levantamento tem por finalidade a conferência das operações de entradas e saídas de mercadorias, com base nos respectivos documentos fiscais (Notas Fiscais e Cupons Fiscais) de entrada e saída, por produto, emitidas no período.

Neste procedimento é feita uma combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), com a finalidade de apurar possíveis irregularidades, por meio da utilização da equação:

$$\text{Estoque Inicial} + \text{Entradas} - \text{Saídas} = \text{Estoque Final}$$

Trata-se, repita-se, de procedimento tecnicamente idôneo utilizado pelo Fisco para apuração das operações e prestações realizadas pelo Sujeito Passivo, nos termos do art. 194, inciso III, do 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:

- I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;
- II - levantamento quantitativo de mercadorias;
- III - levantamento quantitativo-financeiro;
- IV - levantamento quantitativo de mercadorias e valores (quantivalor);
- V - conclusão fiscal;

O Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, portanto, representa exatamente a movimentação das mercadorias comercializadas, apurada diariamente, e o estoque existente, de acordo com a documentação e a escrita fiscal do estabelecimento.

Logo, é possível verificar, por exemplo como apurado nos presentes autos, quando ocorre à emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia. Nesse caso, o levantamento informa que houve “saída sem estoque” (SSE), o que pressupõe a ocorrência de entrada de mercadoria desacoberta de documento fiscal.

Ou ainda, se ao final de um determinado período, o levantamento quantitativo apresentar a apuração de estoque de mercadorias menor do que o declarado pelo contribuinte no livro Registro de Inventário ou apurado em levantamento físico, verifica-se a ocorrência de estoque desacoberto de documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Enquanto que, se a apuração do saldo final de estoque for maior do que o declarado pelo contribuinte pressupõe-se que houve saída desacobertada de documentação fiscal.

No tocante às saídas das mercadorias desacobertadas de documento fiscal constatadas, destaca-se que a apuração delas deu-se, no presente caso, quando se constatou a escrituração de entradas superiores a capacidade física do tanque, resultando num estoque escritural maior que o estoque real do tanque (SAT – saída acima da tancagem).

As ocorrências ora apuradas, “SAT - saída acima da tancagem” (saída desacobertada) e “SSE - Saídas sem estoque” (entrada desacobertada), constam do resumo de fls. 78, 82, 86, 91, 95 e 96.

Portanto, equivoca-se a Defesa ao alegar que a Fiscalização realizou arbitramento no caso em apreço.

Caberia à Impugnante, de forma específica, apresentar as eventuais diferenças e/ou erros que entendesse haver no levantamento para que o Fisco, caso os acatasse, promovesse as devidas correções. Contudo, a Impugnante não carrou aos autos elementos capazes de desconstituir o lançamento fiscal.

Há que se destacar também, que a alegação de que os arquivos eletrônicos do ECF, protocolizados em 14/11/18, foram desconsiderados pela Fiscalização não procede, porque, ao contrário do que afirma a Defesa, conforme relatório fiscal detalhado da auditoria (fls. 15), as saídas de mercadorias consideradas no LEQFID são aquelas registradas da EFD/SPED da Autuada (registros C-425), que correspondem ao livro Registro de Saídas, nos quais obrigatoriamente devem constar todas as saídas constantes dos registros do ECF.

Ademais, não foi trazido aos autos qualquer apontamento de que alguma saída de mercadoria não tenha sido considerada na apuração.

Quanto à base de cálculo, esclareça-se que a Lei Complementar nº 87/96 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.

Nesse contexto, o Convênio ICMS 110, de 28 de setembro de 2007, determina na cláusula sétima que nas operações com combustíveis e lubrificantes, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

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, dispõe a Lei nº 6.763/75 e o RICMS/02:

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/02

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

I- em relação às operações subseqüentes:

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Logo, verifica-se que a legislação tributária vigente determina que a retenção e recolhimento do ICMS/ST nas operações com combustíveis sejam feitos a partir do Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), apurado nos termos da cláusula décima terceira-A do Convênio ICMS 110/07, e divulgado por ato da Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS, devendo ser observado por todos os contribuintes do setor.

Portanto, sua aplicação está respaldada na legislação tributária e não se trata de mera presunção ou arbitramento efetuado pela Fiscalização.

E, conforme se verifica da apuração fiscal, o PMPF utilizado para apuração do ICMS/ST devido em razão das entradas desacobertadas refere-se ao previsto no **período (mês)** em que incorreu a infração.

No tocante à alegação da Defesa de que a Fiscalização descartou fatores de alta relevância na apuração, como por exemplo, a possibilidade de os combustíveis terem sido temporariamente armazenados em caminhão-tanque, o que justificaria os estoques superiores a capacidade de armazenagem dos tanques, contata-se que esta possibilidade não pode ser admitida pela Fiscalização, visto que tal ato constitui-se em prática não admitida pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), autarquia federal responsável pela regulamentação do setor. Veja-se:

Portaria ANP n° 116 de 05/07/2000

Art. 10.0 revendedor varejista obriga-se a:

(...)

XI - armazenar combustível automotivo em tanque subterrâneo, exceto nos seguintes casos:

- a) no caso de posto revendedor flutuante; e
- b) no caso de posto revendedor marítimo cujo (s) tanque (s) pode (m) ser do tipo aéreo. (Redação dada ao inciso pela Resolução ANP n° 15, de 14.05.2007, DOU 15.05.2007)

RESOLUÇÃO ANP n° 41, de 05/11/2013

Art. 22.0 revendedor varejista de combustíveis automotivos obriga-se a:

(...)

XIII - armazenar combustível automotivo em tanque subterrâneo, exceto nos casos de revenda varejista marítima e revenda varejista flutuante, cujo(s) tanque(s) pode(m) ser do tipo aéreo, observadas as normas específicas de qualidade, segurança e meio ambiente; (grifos acrescidos).

Assim, além da citada conduta ser vedada pela ANP, o que já seria suficiente para o não acatamento de tal procedimento, não há nos autos qualquer documento comprobatório dos fatos.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sobre a referida alegação defensiva, já decidiu este Conselho de Contribuintes, em situação análoga e em PTA de mesma sujeição passiva, pela sua impertinência. Confira-se:

ACÓRDÃO: 23.482/20/3ª RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.001237255-24

IMPUGNAÇÃO: 40.010148806-44, 40.010148807-25 (COOB.)

IMPUGNANTE: MAGA - IMIGRANTES COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA

IE: 287213708.00-52

LUCIANO DE OLIVEIRA MAGALHÃES (COOB.)

CPF: 168.317.888-23

PROC. S. PASSIVO: RICARDO DA CUNHA SEPINI/OUTRO(S)

ORIGEM: DFT/POÇOS DE CALDAS

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. O SÓCIO-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 - ENTRADA E ESTOQUE DESACOBERTADOS - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - COMBUSTÍVEIS. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID), A OCORRÊNCIA DE ENTRADA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE, DE COMBUSTÍVEIS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DESACOBERTADOS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. IRREGULARIDADES APURADAS POR MEIO DE PROCEDIMENTO TECNICAMENTE IDÔNEO PREVISTO NO ART. 194, INCISO III, DO RICMS/02, COM BASE EM INFORMAÇÕES SOBRE ENTRADAS, SAÍDAS E ESTOQUES FORNECIDAS PELA AUTUADA, CONSTANTES DAS ESCRITURAÇÕES DA EMPRESA E INFORMAÇÕES APRESENTADAS AO FISCO PELA AUTUADA. 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.

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 III, DO RICMS/02, COM BASE EM INFORMAÇÕES SOBRE ENTRADAS,

SAÍDAS E ESTOQUES FORNECIDAS PELA AUTUADA, CONSTANTES DAS ESCRITURAÇÕES DA EMPRESA E INFORMAÇÕES APRESENTADAS AO FISCO PELA AUTUADA. CORRETA A EXIGÊNCIA DE MULTA ISOLADA CAPITULADA NA ALÍNEA "A", DO INCISO II, DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

NO TOCANTE À ALEGAÇÃO DA DEFESA DE QUE A FISCALIZAÇÃO DESCARTOU FATORES DE ALTA RELEVÂNCIA NA APURAÇÃO, COMO POR EXEMPLO, A POSSIBILIDADE DE OS COMBUSTÍVEIS TEREM SIDO TEMPORARIAMENTE ARMAZENADOS EM CAMINHÃO-TANQUE, O QUE JUSTIFICARIA OS ESTOQUES SUPERIORES A CAPACIDADE DE ARMAZENAGEM DOS TANQUES, CONSTATA-SE QUE ESTA POSSIBILIDADE NÃO PODE SER ADMITIDA PELA FISCALIZAÇÃO, VISTO QUE TAL ATO CONSTITUI-SE EM PRÁTICA DEFESA PELA AGENCIA NACIONAL DE PETRÓLEO (ANP), AUTARQUIA FEDERAL RESPONSÁVEL PELA REGULAMENTAÇÃO DO SETOR, CONFORME LEGISLAÇÃO A SEGUIR.

PORTARIA ANP Nº 116 DE 05/07/00

ART. 10.O REVENDEDOR VAREJISTA OBRIGA-SE A:

(...)

XI - ARMAZENAR COMBUSTÍVEL AUTOMOTIVO EM TANQUE SUBTERRÂNEO, EXCETO NOS SEGUINTEΣ CASOS:

A) NO CASO DE POSTO REVENDEDOR FLUTUANTE; E

B) NO CASO DE POSTO REVENDEDOR MARÍTIMO CUJO (S) TANQUE (S) PODE (M) SER DO TIPO AÉREO. (REDAÇÃO DADA AO INCISO PELA RESOLUÇÃO ANP Nº 15, DE 14.05.2007, DOU 15.05.2007)

RESOLUÇÃO ANP Nº 41, DE 05/11/13

ART. 22.O REVENDEDOR VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTIVOS OBRIGA-SE A:

(...)

XIII - ARMAZENAR COMBUSTÍVEL AUTOMOTIVO EM TANQUE SUBTERRÂNEO, EXCETO NOS CASOS DE REVENDA VAREJISTA MARÍTIMA E REVENDA VAREJISTA FLUTUANTE, CUJO(S) TANQUE(S) PODE(M) SER DO TIPO AÉREO, OBSERVADAS AS NORMAS ESPECÍFICAS DE QUALIDADE, SEGURANÇA E MEIO AMBIENTE;

(DESTACOU-SE) .

ASSIM, ALÉM DA CITADA CONDUTA SER VEDADA PELA ANP, O QUE JÁ SERIA SUFICIENTE PARA O NÃO ACATAMENTO DE TAL PROCEDIMENTO, NÃO HÁ NOS AUTOS QUALQUER DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DOS FATOS.

(...)

Vale lembrar que a Defesa não traz qualquer documento que possa comprovar o alegado, sendo que, reiterando, o levantamento quantitativo somente pode

ser contraditado mediante provas objetivas que possam evidenciar erros no procedimento levado a efeito.

Por outro lado, como bem esclarece a Fiscalização, o citado “estouro de estoque”, registrado no LEQFID como “Saída Acima da Tancagem (SAT)” não se trata de entradas descobertas, como afirma a Defesa às fls. 107, mas da escrituração de entradas superiores a capacidade física do tanque ou de operações de saídas de combustível sem o respectivo documento fiscal, resultando num estoque escritural maior que o estoque real do tanque.

Assim, se a entrada de combustíveis está devidamente acobertada por documento fiscal e com quantidade compatível, não ocorre o citado “estouro de estoque”. Lado outro, as entradas desacobertas ou a manutenção de combustível em estoque sem documentos fiscais são identificados no LEQFID como “Saídas Sem Estoques (SSE)”.

Esclareça-se também, que as datas das entradas utilizadas no LEQFID são justamente as datas consignadas pela Autuada no livro Registro de Entradas, extraídas a partir dos registros eletrônicos de sua Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Pelas assertivas acima, depreende-se que uma vez que o tributo é devido na entrada das mercadorias, assim, em relação às saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, exige-se apenas a multa isolada pelo descumprimento da obrigação acessória de emissão do respectivo documento fiscal.

Relativamente às multas aplicadas, aduz a Defesa que estariam sendo exigidas multas sobre infrações conexas e, além disso, que a cobrança de multas em montante superior ao valor total do tributo afrontaria a garantia constitucional do não confisco.

Esclareça-se que a Multa de Revalidação no percentual de 100% (cem por cento), capitulada no art. 56, inciso II c/c o seu § 2º, inciso III, refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão da falta de recolhimento de ICMS/ST tendo em vista a entrada/estoque de mercadorias sem acobertamento fiscal.

Já a Multa capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pela falta de emissão da documentação fiscal nas saídas e pela entrada e/ou manutenção em estoque de mercadorias sem as respectivas notas fiscais de entrada. Vê-se, portanto, que são infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigações acessórias.

Em suma, enquanto a multa de revalidação decorre do não pagamento do tributo a tempo e modo (obrigação principal), a multa isolada decorre do não cumprimento de uma obrigação acessória.

Considerando que as alíquotas do imposto incidentes nas operações foram, conforme o caso de, 15% (quinze por cento), 19% (dezenove por cento) e 27% (vinte e sete por cento), sendo que a penalidade isolada é de 20% (vinte por cento) do valor da operação (alínea “a” do inciso II do art. 55), verifica-se que a multa isolada foi exigida em valor inferior ao limite máximo de duas vezes o valor do imposto incidente (limite

máximo das penalidades previstas no art. 55 da Lei nº 6.763/75, conforme inciso I do § 2º do referido artigo).

Quanto às assertivas de inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto à alegação de que as multas impostas violam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, revelando-se confiscatórias, conveniente destacar que os valores exigidos são decorrentes de disposições expressas na legislação de regência do ICMS, não cabendo ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Oportuno destacar, que a aplicação cumulativa das multas de revalidação e isolada, bem como a atualização do crédito tributário pela taxa Selic, obtiveram diversas decisões favoráveis pelo Poder Judiciário mineiro, e também foram consideradas não confiscatórias. Confira-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA. APRECIÇÃO DAS PROVAS. REGULARIDADE. OPERAÇÕES DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. ANÁLISE DO LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. LEGALIDADE. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. LANÇAMENTO. LEGITIMIDADE COMPROVADA. MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA. PREVISÃO EM LEI. CONFISCO NÃO CONFIGURADO. CONTRIBUINTE NÃO REINCIDENTE. SANÇÃO REDUZIDA. CANCELAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

INEXISTE IRREGULARIDADE NA SENTENÇA QUE DESCONSIDERA OS CÁLCULOS QUE INCLUÍRAM VALORES RELATIVOS AOS DOCUMENTOS, CUJA INIDONEIDADE DESCARACTERIZA A NOTA FISCAL GLOBAL, MORMENTE SE DEMONSTRADAS A LEGITIMIDADE E A LEGALIDADE DO LANÇAMENTO PELA PROVA PERICIAL.

EM CONFORMIDADE COM O ART. 160, IX E §9º DO RICMS, O LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS É LIVRO FISCAL DE REGISTRO DIÁRIO OBRIGATÓRIO, LOGO, SE APURADA PELA FISCALIZAÇÃO E CONFIRMADA NO LAUDO A ENTRADA E A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS, CABÍVEL O LANÇAMENTO CONTENCIOSO DO ICMS POR SUBSTITUIÇÃO, **BEM COMO AS SANÇÕES DE MULTA DE REVALIDAÇÃO ATÉ O LIMITE DE 100% DO CRÉDITO PRINCIPAL E MULTA ISOLADA, DESDE QUE HAJA PREVISÃO EM LEI LOCAL.** (...)

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJMG-APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.14.148225-7/001, RELATOR(A): DES.(A) FÁBIO TORRES DE SOUSA (JD CONVOCADO), 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 14/11/2019, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 25/11/2019)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - SONEGAÇÃO FISCAL - APURAÇÃO EM MEDIDA CAUTELAR PENAL MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO EMBASADO EM PROVA ILÍCITA - NÃO VERIFICADO - OFENSA À SUMULA VINCULANTE 24 DO STF - MITIGAÇÃO DO ENTENDIMENTO PELO PRETÓRIO EXCELSO - CASO CONCRETO - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PELO MP - NÃO CONSTATADA - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO POSSÍVEL - JUROS SOBRE MULTA DE REVALIDAÇÃO - LEGALIDADE - RECURSO DESPROVIDO.

- CONSOANTE ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, INCLUSIVE POR MEIO DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 24, O ENCERRAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL E A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVEM SER PRETÉRITOS À PERSECUÇÃO PENAL PARA APURAÇÃO DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

- O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM DECIDIDO QUE A REGRA CONTIDA NA SÚMULA VINCULANTE 24 PODE SER MITIGADA DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, SENDO POSSÍVEL QUE SE DÊ INÍCIO À PERSECUÇÃO PENAL ANTES DE ENCERRADO O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, NOS CASOS DE EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA OU DIANTE DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE OUTROS DELITOS, DE NATUREZA NÃO FISCAL.

- DEMONSTRADA A DIFICULDADE DA FAZENDA PÚBLICA DE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO, DEVIDO À LOCALIZAÇÃO DA MATRIZ DA EMPRESA SER FORA DO TERRITÓRIO ESTADUAL, E DO FATO DE AS INÚMERAS AUTUAÇÕES PERPETRADAS PELO FISCO NÃO TEREM SIDO SUFICIENTES A COIBIR A PRÁTICA DE SONEGAÇÃO FISCAL, HAVENDO VÁRIOS PROCESSOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRATIVOS ABERTOS EM DESFAVOR DO GRUPO EMPRESARIAL, COM CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA.

- NÃO HÁ ILICITUDE NA PROVA PRODUZIDA EM SEDE PROCEDIMENTO CAUTELAR INVESTIGATÓRIO CRIMINAL INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUANDO A PROVA FOI DEFERIDA JUDICIALMENTE, E ERA NECESSÁRIA PARA QUE O FISCO ESTADUAL PUDESSE TER CONHECIMENTO DA DIMENSÃO DO ILÍCITO TRIBUTÁRIO IMPUTADO AO CONTRIBUINTE.

- **INEXISTE ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO CUMULATIVA DE MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA, POR SE TRATAR DE PENALIDADES COM NATUREZAS DIVERSAS.**

- **É POSSÍVEL A INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DA MULTA DE REVALIDAÇÃO, NOS MOLDES DO ART. 226 DA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75.**

- RECURSO DESPROVIDO. (TJMG- APELAÇÃO CÍVEL 1.0604.16.001520-1/001, RELATOR(A): DES.(A) LUÍS CARLOS

GAMBOGI , 5ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 31/10/2019, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/11/2019)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO SUJEITO À HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO PRÉVIO E DE DECLARAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO A QUO DA CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I DO CTN. NÃO CONFIGURAÇÃO. OPERAÇÕES DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE CORROBORADAS PELA PROVA PERICIAL. JUROS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA. PREVISÃO EM LEI. CONFISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

O C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CONSOLIDOU A TESE DA APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL NA FORMA DO 173, I, DO CTN, NOS CASOS EM QUE O CONTRIBUINTE NÃO RECOLHE NEM DECLARA O TRIBUTOS SUJEITO A HOMOLOGAÇÃO, ESTABELECEndo QUE O EXERCÍCIO EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA/DEVERIA TER SIDO EFETUADO É AQUELE DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

INEXISTE IRREGULARIDADE NA SENTENÇA QUE DEIXA DE ANALISAR NO LAUDO PERICIAL OS QUESITOS DISSOCIADOS DA REALIDADE FÁTICA, NOTADAMENTE SE A CONCLUSÃO DO TÉCNICO CORROBORA A LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DO LANÇAMENTO.

HAVENDO PREVISÃO LEGAL, A TAXA SELIC É APLICÁVEL PARA ATUALIZAÇÃO DAS DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS, DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES (RESP 879.844 E RE 582461).

NÃO CONFIGURA CONFISCO A MULTA DE REVALIDAÇÃO (OU MORATÓRIA), DESDE QUE NÃO ULTRAPASSE 100% DO VALOR DA DÍVIDA E ESTEJA PREVISTA EM LEI, CONSOANTE JULGAMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF (RE 582461).

A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTO FISCAL DEVE SER PUNIDA COM MULTA NOS LIMITES DO ART. 55, II DA LEI 6.763/75 (40% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS) QUE, POR NÃO SE REVELAR COMPLETAMENTE DESPROPORCIONAL, POR SE TRATAR DE SANÇÃO RELATIVA A OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA VINCULADA DIRETAMENTE AO FATO GERADOR DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONTENCIOSO E LEGÍTIMO, POR NÃO HAVER PROVAS DE QUE EXTRAPOLA A CAPACIDADE ECONÔMICA DO CONTRIBUINTE E POR SUA FINALIDADE DE REPREENDER O ATO ILÍCITO E DESESTIMULAR FRAUDES E SONEGAÇÕES, NÃO CONFIGURA CONFISCO.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJMG- APELAÇÃO CÍVEL 1.0460.14.002069-0/001, RELATOR(A): DES.(A) FÁBIO TORRES DE SOUSA (JD CONVOCADO), 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 10/10/2019, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 21/10/2019)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por sua vez, a inclusão do Coobrigado, sócio-administrador, no polo passivo da obrigação tributária encontra-se correta e devidamente tipificada no Auto de Infração, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e do art. 135, inciso III, do CTN, em decorrência dos fatos constatados na presente ação fiscal:

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.

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.

Assim, quando existe infração à lei tributária, há responsabilidade solidária dos sócios-gerentes, administradores, diretores, dentre outros, na dicção do art. 135, inciso III do CTN que tem o mesmo alcance do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

E desse modo, responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o sócio-administrador, que efetivamente é aquele que participa das deliberações e dos negócios da empresa e, no caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, ou seja, a Fiscalização demonstrou claramente nos autos que os Autuados praticaram atos com infração de lei, quais sejam, a falta de emissão e escrituração dos documentos fiscais, e conseqüente falta de apuração e recolhimento do ICMS/ST devido.

Ainda em relação a este tema, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que quando há infração à lei, os sócios-gerentes, administradores, dentre outros, respondem pela obrigação tributária, como no AgRg nº 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 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.

Diante do exposto, **ACORDA** a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 172/174. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor) e Renata Pereira Schetini.

Sala das Sessões, 09 de dezembro de 2020.

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente