

Acórdão: 22.540/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001430949-53
Impugnação: 40.010149476-50
Impugnante: Macedo & Andrade Combustíveis Ltda
IE: 439187428.00-90
Coobrigado: Jeane Macedo de Andrade Levati
CPF: 088.670.767-60
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. A sócia-administradora responde 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 art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo, que o Contribuinte, no período fiscalizado, promoveu saídas de mercadorias (combustíveis) desacobertas de documentos fiscais. Irregularidade apurada por meio de procedimento tecnicamente idôneo, previsto no art. 194, inciso II do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do inciso I do § 2º do art. 55 da mencionada lei. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a apuração fiscal, a partir do trabalho de conclusão fiscal em levantamento quantitativo efetuado no estabelecimento do Sujeito Passivo, de saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária – combustíveis – desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/10/19 a 31/10/19.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do inciso I do § 2º do art. 55 da mencionada lei.

Registra-se, ademais, que foi incluída como Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária a sócia da empresa autuada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 17/18, aos seguintes argumentos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- aduz que por uma falha humana, na hora da apuração dos quantitativos dos combustíveis etanol e gasolina comum, ocorreu um erro;

- acrescenta que em diligência realizada foi levantado que a quantidade de gasolina comum era de 9.986 (nove mil, novecentos e oitenta e seis) litros e que de etanol era 7.719 (sete mil, setecentos e dezenove) litros, mais 5.660 (cinco mil, seiscentos e sessenta) litros o que gerou um total de 13.379 (treze mil, trezentos e setenta e nove) litros de etanol;

- esclarece que a Fiscalização lhe solicitou os livros: Registro de Entradas, Notas Fiscais de Entrada e Movimentação de Combustíveis;

- informa que, ao preencher o Relatório de Levantamento Quantitativo por Produto, ocorreu um erro, pois foi informado o quantitativo de 17.705 (dezesete mil, setecentos e cinco) litros, e essa falha se deu em razão da soma de 7.719 (sete mil, setecentos e dezenove) litros de Etanol com 9.986 (nove mil, novecentos e oitenta e seis) litros de Gasolina;

- acrescenta que o quantitativo de Etanol também ficou errado, onde deveria ter sido preenchido 13.379 (treze mil, trezentos e setenta e nove) litros foi preenchido 5.600 (cinco mil e seiscentos) litros.

Requer o cancelamento do Auto de Infração e procedência da impugnação.

Acatando parcialmente as razões da Defesa, a Fiscalização reformula o lançamento às fls. 34

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 43/44, com os argumentos infra elencados:

- reconhece o acatamento das razões arguidas na peça impugnatória, que deu ensejo ao Termo de Reformulação do Lançamento;

- enfatiza a descaracterização do crédito tributário sob o argumento de que não foram observados os valores correspondentes ao encerrante comercial da bomba mecânica, seja na fase inicial ou final;

- observa que os encerrantes “finais” escriturados na Contagem de Estoque, “equivalem, na verdade, ao encerrante inicial do livro de Movimentação de Combustíveis - LMC apresentado, e não ao final, conforme posto pela Fiscalização, gerando assim distorções;

- acrescenta que tal erro, por consequência, foi reproduzido no Relatório de Levantamento Quantitativo, também gerando distorções;

- aduz, nessa perspectiva de parametrização, que no estoque físico medido de gasolina comum e do etanol, as informações não correspondem ao estoque do fechamento do LMC apresentado com data final de 22/10/19;

- destaca que pelo fato da verificação fiscal ter ocorrido no meio do dia, seria impossível “conciliar o estoque medido com encerrante inicial ou final já que existiam vários litros vendidos”, anexando, outrossim, o respectivo LMC.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requer o cancelamento do Auto de Infração sob a presunção de inconsistência de arquivos aritméticos que não correspondem ao informado no encerrante comercial da bomba mecânica.

Pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 52/54, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento nos termos da reformulação efetuada.

DECISÃO

Conforme relatado a autuação versa sobre a apuração fiscal, a partir do trabalho de conclusão fiscal em levantamento quantitativo efetuado no estabelecimento do Sujeito Passivo, de saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária – combustíveis – desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/10/19 a 31/10/19.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II adequada nos termos do inciso I do § 2º do art. 55 da mencionada lei.

Registra-se ademais que foi incluída como Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária a sócia da empresa autuada.

Conforme destaca a Fiscalização, o trabalho de conclusão fiscal de levantamento quantitativo em exercício aberto (fls. 35) baseou-se na realização da comparação das saídas previstas (saída calculada), conforme expressão:

Saídas= Ei (estoque inicial LMC de 01/10/19, fls. 05/06) + C (compras) – EF (estoque final – Contagem de Estoque de fls. 03).

Sendo que, a venda declarada, saída de bicos, foi calculada pela diferença dos encerrantes inicial e final, declarados no livro de Movimentação de Combustíveis de 01/10/19 e no momento da contagem física, em conformidade com os registrados nos concentradores das bombas de Combustível (documento de fls. 03).

A partir do procedimento e apuração explicitados constatou-se a saída desacoberta de documento fiscal de 1.648,31 (um mil, seiscentos e quarenta e oito vírgula trinta e um) litros de Gasolina Comum e de 340,79 (trezentos e quarenta vírgula setenta e nove) litros de Etanol comum.

Destaca-se que a Fiscalização acatou os argumentos da Impugnante de que teria havido erro na apuração do quantitativo de etanol e gasolina e reformulou o lançamento.

A despeito dos argumentos defendidos pela Impugnante após a reformulação, imperioso afirmar que os valores dos encerrantes registrados na Contagem de Estoque foram extraídos do “display” digital dos concentradores das respectivas bombas de combustível, no momento da verificação fiscal, explanando, assim, as saídas efetivamente apuradas no período em conformidade com a metodologia utilizada.

Nesse *interim*, verifica-se que a Impugnante não trouxe aos autos, documentação idônea (laudo ou atestado) que comprovasse eventual ocorrência de falhas ou defeitos que pudessem comprometer as informações geradas nos concentradores da Bombas de Combustível. Fato este que impõe o acatamento dos números e valores considerados pela Fiscalização após a reformulação.

Destaca-se, ainda, que o trabalho desenvolvido observou as disposições expressas pelo art. 194, inciso II 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:

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

(...)

Dessa forma, na ausência de elementos hábeis a comprovar eventual equívoco por parte da Fiscalização na obtenção dos dados que embasaram o procedimento epigrafado, impõe-se como medida de justiça a manutenção das exigências fiscais remanescentes.

Ressalta-se que, além do ICMS/ST não recolhido pela Autuada, exigiu-se a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, item III, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, ocorre o inadimplemento pelo Contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55, inciso II da mencionada lei.

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

Correta, também, a inclusão da Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária.

Analisando-se a infração imputada à Autuada no lançamento em questão, conclui-se, sem muito esforço, que houve fraude contra a Fazenda Pública Estadual visando à supressão ou redução do ICMS devido. E, a Coobrigada manteve-se à frente da empresa autuada por todo o período objeto das exigências fiscais.

O art. 121, parágrafo único, inciso II do CTN prevê que o responsável tributário é sujeito passivo da obrigação principal, cuja obrigação decorre de disposição expressa da lei, sem que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador. E, o art. 124, inciso II do CTN, prescreve que "*são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei*". Essa norma possibilita que o ente tributante gradue a responsabilidade dos envolvidos.

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

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

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:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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

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

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

Inferre-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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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).

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

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

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

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

Portanto, correta a responsabilização tributária da sócia-administradora.

Assim, observada a reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 34, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências remanescentes constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 34. Participaram do julgamento, além do signatário, as Conselheiras Cindy Andrade Moraes (Revisora), Gislana da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 11 de fevereiro de 2021.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Relator

CS/D

22.540/21/2ª