

Acórdão: 24.090/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002240405-60
Impugnação: 40.010153531-09
Impugnante: Auto Posto e Centro Automotivo Wenceslau Braz Ltda
IE: 002063482.00-28
Coobrigado: Renato Barbosa Mantovani Filho
CPF: 103.877.706-23
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador 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 – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADAS - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado, mediante levantamento quantitativo, que a Autuada promoveu entrada, manteve em estoque e deu saída a mercadorias (combustível) desacobertadas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas mediante procedimento idôneo, previsto no inciso III do art. 194 do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências 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, alínea “a” da mencionada lei. Para as saídas desacobertadas de documentação fiscal exigiu-se somente multa isolada.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (combustíveis), desacobertadas de documentação fiscal, no período de 01/01/16 a 31/12/16, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFD, nos termos do art. 194, inciso III do RICMS/02.

A prática foi apurada pela conferência de documentos fiscais e da Escrituração Fiscal Digital (EFD/SPED) da Impugnante.

Exigências de ICMS/ST sobre as entradas e estoque desacobertados, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, da Lei nº

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da citada lei. Para as saídas desacobertadas exigiu-se somente a referida multa isolada.

Registra-se ademais que o sócio-administrador da Impugnante foi incluído no polo passivo da autuação, como Coobrigado, com fundamento no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às págs. 3.746, com os seguintes argumentos, em síntese:

- aduz que a legislação permite o lançamento no LMC – livro de Movimentação de Combustíveis de perdas em até 0,6% (seis décimos por cento) do estoque diário total, sem a necessidade de justificar essa perda, assim, o Fisco deveria considerar essas perdas, não podendo presumir o ilícito;

- e, se necessário fosse, deveria requerer a realização de perícia para esclarecer o conteúdo e as possíveis implicações das conclusões lançadas no Auto de Infração, pois é sabido que a empresa nunca comercializou um litro sequer de combustível sem cupom fiscal.

Dessa forma, por entender que não houve infração à legislação tributária, pede que seja reconhecida a improcedência da ação fiscal, cancelando-se o débito.

A Fiscalização manifesta-se às págs. 3.747/3.751, com os argumentos infra elencados, em síntese:

- aponta que a autuação seguiu estritamente todos os comandos legais, tendo sido empregado o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - LEQFD, o qual representa exatamente a movimentação das mercadorias comercializadas, apurada diariamente, e o estoque existente, de acordo com a documentação e a escrita fiscal do estabelecimento;

- esclarece que, em relação ao percentual aceitável de perda do estoque físico de combustíveis, de 0,6% (seis décimos por cento), previsto pela Portaria DNC nº 26/92, o argumento da Impugnante não pode ser acolhido, pois não há previsão na legislação mineira para aplicação do percentual referido;

- explica que “O índice de 0,6% (seis décimos por cento) diz respeito unicamente ao comparativo do estoque escritural, cuja aplicação tem a finalidade de verificar se as variações de combustível se encontram dentro de uma margem aceitável ou trata-se de indício de irregularidade, que pode ser, por exemplo, vazamento de combustível para o meio ambiente ou decorrentes de operações irregulares de aquisição e revenda de combustíveis;

- acrescenta que não se trata, portanto, de referência percentual de uma perda padrão de combustível, a justificar a infração cometida;

- entende que a perícia citada na Impugnação é desnecessária, uma vez que constam nos autos informações suficientes para a plena compreensão e o desate da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

matéria, e deverá ser indeferida, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA.

Nesses termos, pede que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (combustíveis), desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/16 a 31/12/16, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFD, nos termos do art. 194, inciso III do RICMS/02.

A prática foi apurada pela conferência de documentos fiscais e da Escrituração Fiscal Digital (EFD/SPED) da Impugnante.

Exigências de ICMS/ST sobre as entradas e estoque desacobertos, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da citada lei. Para as saídas desacobertas exigiu-se somente a referida multa isolada.

Registra-se ademais que o sócio-administrador da Impugnante foi incluído no polo passivo da autuação, como Coobrigado, com fundamento no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN.

Ressalta-se, de início, que a Impugnante requer a realização de prova pericial sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA, estabelecido 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:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária em face dos fundamentos e documentos constantes dos autos.

Quanto às exigências apontadas no Auto de Infração, importa consignar que a Impugnante não foi capaz de afastar as conclusões fiscais.

Cabe esclarecer que o Levantamento Quantitativo Financeiro tem por finalidade a conferência das operações de entradas e saídas de mercadorias, pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entrada e saída, por produto, emitidas no período.

Nesse 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 de procedimento tecnicamente idôneo utilizado pelo Fisco para apuração das operações e prestações realizadas pelo Sujeito Passivo, nos termos do art. 194 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:

(...)

III - levantamento quantitativo-financeiro;

Consiste tal roteiro fiscal em uma simples operação matemática de soma e subtração, no qual o resultado é inquestionável, representando exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente.

Logo, é possível verificar, por exemplo, quando ocorre à emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia, ou seja, quando ocorre estoque negativo, o que pressupõe a ocorrência de entrada de mercadoria desacobertada 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 desacobertado de documento fiscal.

Enquanto que, se a apuração do saldo final de estoque for maior do que o declarado pelo contribuinte, ou, de acordo com o caso concreto, o saldo final for maior que a capacidade máxima do tanque de combustível, pressupõe-se que houve saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal.

Tais ocorrências estão claramente demonstradas no levantamento efetuado pelo Fisco, retratado nas planilhas constantes do Relatório da Autuação Fiscal, anexo ao Auto de Infração, uma para cada espécie de combustível.

Assim, cabe à Defesa, de forma específica, apresentar as eventuais diferenças e/ou erros que entenda haver no levantamento, para que o Fisco, caso os acate, promova as devidas correções, o que não ocorreu no caso.

Como esclarece o Relatório Fiscal, tendo em vista que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST no presente caso é do destinatário, nos termos do art. 15 e 75 do Anexo XV, do RICMS/02, a base de cálculo desse tributo foi estabelecida por meio da multiplicação do quantitativo de desvios aferidos no LEQFID pelos correspondentes Preços Médios Ponderados a Consumidor Final (PMPF).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As alíquotas aplicadas são aquelas previstas para gasolina, etanol e óleo diesel, discriminadas no art. 42 do RICMS/02, vigente à época do fato gerador.

Com relação à aplicabilidade do percentual aceitável de perda do estoque físico de combustíveis, de 0,6% (zero vírgula seis por cento), previsto pela Portaria DNC nº 26/92, o Fisco faz as seguintes considerações:

Na Legislação do Estado de Minas Gerais, referente ao ICMS, não existe previsão para a aplicação do percentual acima referido.

O índice de 0,6% (seis décimos por cento) diz respeito unicamente ao comparativo do estoque escritural, cuja aplicação tem a finalidade de verificar se as variações de combustível se encontram dentro de uma margem aceitável ou trata-se de indício de irregularidade, que pode ser, por exemplo, vazamento de combustível para o meio ambiente ou decorrentes de operações irregulares de aquisição e revenda de combustíveis. Não se trata, portanto, de referência percentual de uma perda padrão de combustível, a justificar a infração cometida.

A referida portaria, para a instituição do Livro de Movimentação de Combustíveis, considerou necessidades, que incluem a de facilitar a atividade de fiscalização da arrecadação do ICMS, conforme transcrição abaixo:

(...)

Demonstrada e comprovada a irregularidade cometida e, na falta de elementos que possam descaracterizar a imputação fiscal, correta a exigência do ICMS/ST sobre as entradas e estoque desacobertados, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, da citada lei.

Pelas operações de saída desacobertada de combustível realizadas pela Autuada, correta a exigência apenas da referida Multa Isolada do art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75, tendo-se em vista que já teria sido recolhido o ICMS/ST até a venda a consumidor final.

O sócio-administrador responde pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

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.

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

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.

Cumprе 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.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 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. [...].

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

Ademais não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária e, sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ para a responsabilização solidária dos sócios.

Induvidoso, no caso, que o Coobrigado tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as irregularidades constatadas caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a inclusão dele para o polo passivo da obrigação tributária.

Assim, correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 16 de março de 2022.

Thiago Álvares Feital
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente / Revisora

CS/D