

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.655/24/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002915854-91
Impugnação: 40.010156382-51, 40.010156489-82 (Coob.), 40.010156490-67 (Coob.)
Impugnante: Décio Comércio e Serviços Rodoviários Ltda
IE: 342188922.10-52
Edmundo Souza Macedo (Coob.)
CPF: 170.214.306-63
Elmo de Souza Macedo (Coob.)
CPF: 365.307.436-34
Proc. S. Passivo: AILIME SILVA FERREIRA/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

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.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS/LUBRIFICANTES - ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, procedimento idôneo previsto no art. 194, inciso II do RICMS/02, entrada de combustíveis, mercadoria sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária, desacobertados de documentação fiscal. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, multa de revalidação (100%) e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entradas desacobertadas de documentos fiscais, de combustíveis, nos exercícios de 2021 e 2022, apuradas mês a mês, por meio de levantamento quantitativo de mercadorias.

Exige-se ICMS/ST correspondente às entradas desacobertadas, Multa de Revalidação conforme art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” e § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foram incluídos no polo passivo do lançamento os sócios-administradores da empresa, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, os Autuados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação apensa aos autos do e-Pta.

A Fiscalização reformula o lançamento às págs. 3.849/3.850.

Aberta vista, os Impugnantes não se manifestam.

A Fiscalização manifesta-se nos autos, requerendo a procedência do lançamento conforme reformulação efetuada.

Em sessão realizada em 28/02/24, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 70 do Regimento Interno do CCMG, aprovado pelo Decreto nº 48.361/22, marcando-se extrapauta para o dia 06/03/24, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora) e Geraldo Magela Verneque Costa, que julgavam parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 3.849/3.850. Pelos Impugnantes, sustentou oralmente a Dra. Ailime Silva Ferreira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Saulo de Faria Carvalho.

DECISÃO

A autuação versa sobre entradas desacobertas de documentos fiscais, de combustíveis (óleo diesel S-10, óleo diesel S-500, etanol e gasolina), nos exercícios de 2021 e 2022, apuradas mês a mês, por meio de levantamento quantitativo de mercadorias.

Informa a Fiscalização que foi efetuado confronto das informações registradas no SPED FISCAL, transmitido pela Contribuinte, com os estoques iniciais e finais, as aquisições de produtos e as quantidades vendidas em cada mês.

Exige-se ICMS/ST correspondente às entradas desacobertas, Multa de Revalidação conforme art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

No procedimento fiscal efetuado, mensalmente, adota-se seguinte equação:

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

Veja-se que consiste em uma simples operação matemática de soma e subtração, onde o resultado é inquestionável, representando exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente (mensal) dos combustíveis.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

Cabe à Impugnante, 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.

Oportuno, destacar que, para a realização do levantamento quantitativo, o Fisco utilizou-se dos dados contidos nos arquivos eletrônicos da EFD/Sped transmitidos pela Contribuinte, o qual deve conter todos os documentos fiscais de entrada e saída registrados pela Impugnante e informações de estoques.

Sustentam os Impugnantes que jamais efetuou-se compras de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, sendo o “ganho” constatado decorrente, exclusivamente, da variação de temperatura.

Apresentam planilhas diárias da movimentação dos diversos combustíveis em dois meses autuados, a título de exemplo, para demonstrar que os ganhos estão dentro do percentual estipulado pelas normas do órgão que regula o setor, ou seja abaixo de 0,6% (seis décimos por cento) do estoque disponível.

Afirmam que é amplamente aceito por este Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, o coeficiente de tolerância de 0,6% na dilatação e/ou retração volumétrica.

Aduzem que as supostas entradas desacobertas correspondem a apenas 0,26% (vinte e seis centésimos por cento) do volume total disponível de combustíveis.

Mencionam que, com relação às anormalidades, ocorridas no período de 27 a 30 de maio de 2022, estas decorreram de descarregamento incorreto de gasolina comum (Nota Fiscal nº 63527) no tanque de etanol, provocando variações anormais em ambos os combustíveis, situação que gerou anotação no campo “observações” dos LMCs (Livro de Movimentação de Combustível) de ambos os combustíveis.

Entretanto, os argumentos da Defesa não alcançam elidir o lançamento calcado em apuração matemática.

Inicialmente, merece reparo o entendimento da Defesa em relação ao estoque disponível de combustíveis. Isso porque o estoque disponível se obtém pela soma do estoque inicial mais as compras no período analisado, sendo que no caso do trabalho fiscal, os períodos foram mensais e não bienal, como mencionado na peça de impugnação.

Vale mencionar destaque efetuado pelo Fisco que, mesmo se assim não fosse, “o montante apurado no biênio é expressivo sim, pois a análise deve ser feita com base no estoque escritural e não no estoque disponível no período”

Dessa forma o percentual entre os parâmetros (volume apurado de entradas desacobertas e o estoque escritural) é de 78,88% (setenta e oito inteiros e oitenta e oito centésimos por cento) e não 0,26% como suscitado pelos Impugnantes.

Lado outro, constata-se o entendimento equivocado de que os contribuintes que atuam na atividade de combustíveis podem lançar em seus livros de movimentação de combustíveis, valores a título de “ganhos”, desde que esses valores não sejam superiores a 0,6% do estoque escritural.

Na verdade, não se pode afirmar o que efetivamente ocorre, pois existem vários fatores que podem influenciar as variações de estoque.

A Fiscalização traz a seguinte análise, própria para a questão:

Em relação ao patamar utilizado para determinar que estaria dentro da margem permitida pelo órgão regulador (ANP), a impugnante se equivoca ao tomar como patamar para determinar a base de cálculo para aplicação de índice determinado pela ANP, os estoques disponíveis nos dois períodos apresentados, uma vez que este índice deve ser aplicado tomando como base o estoque escritural (estoque inicial + compras - vendas) e não o estoque disponível (estoque inicial + compras), excluindo assim desta base a quantidade vendida no período. Desta forma, apesar de a impugnante sempre destacar que os índices apurados estariam sempre dentro da margem estabelecida pelo órgão regulador do setor (ANP), quando utilizamos a base correta (o estoque escritural) para fazer tal análise, verifica-se que os índices apurados no exercício de 2021 se encontram acima de 0,6%, como fica demonstrado abaixo:

(...)

A respeito de ocorrências anormais no LMC, no período de 27 a 30 de maio de 2022, tem-se que as justificativas dadas pelos Autuados de contaminação em ambos combustíveis (gasolina e etanol) não se sustentam.

Caso o caminhão tanque com gasolina tenha descarregado o produto no tanque de etanol, a contaminação ocorre somente no tanque deste combustível, não havendo, portanto, o que se falar em contaminação do produto “gasolina comum”.

Nesse sentido, a informação prestada pela empresa, nos LMCs de ambos os produtos, de ocorrência de contaminação, implica dado incorreto a macular o próprio livro.

Por fim, novamente é inteligente a análise fiscal ao argumentar que:

Como se vê as possibilidades de ocorrências nas variações de estoques pode levar a variações positivas e negativas, sendo que nesse trabalho fiscal trata-se de variações sempre positivas e a impugnante não apresenta outra justificativa a não ser a variação

volumétrica em função da temperatura, é como se apenas ocorresse a dilatação dos produtos e um dos fatores é a ocorrência de evaporação do combustível

Destaca-se que os Impugnantes não questionam os valores apurados no Levantamento Quantitativo Mensal, apenas afirmam que as diferenças são devidas à dilatação térmica e todas elas dentro das normas do órgão regulador (ANP), o que não condiz com a realidade. Significa dizer, não há nada na legislação tributária que endosse tal pretensão.

Assim, verifica-se que os argumentos de defesa, calcados em análises equivocadas e inconsistentes, não são capazes de produzir contraprova ao levantamento quantitativo efetuado com base nas informações do próprio Contribuinte, conforme arquivos encaminhados.

Não obstante, a incorreção fiscal quanto a alíquota aplicada para a gasolina comum a partir de julho de 2022, também motivo de impugnação, foi devidamente corrigida, conforme reformulação fiscal de págs. 3.849/3.850.

Corretas, portanto, as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação conforme art. 56, inciso II, § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” e § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

Os Autuados ainda advogam que a multa por descumprimento de obrigação acessória deverá ser reduzida ao limite de 25% sobre o tributo que seria supostamente devido, sob pena de indevida violação ao princípio constitucional de vedação ao efeito de confisco.

No entanto, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos da Lei nº 6.763/75, à qual se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da mencionada lei (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO

(NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Por fim, resta verificar a inclusão dos sócios-administradores da empresa no polo passivo do lançamento.

Consoante lançamento, a inclusão deles como Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, decorre do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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;

(...)

(Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos 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 quando da entrada e da saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Induidoso que os Coobrigados tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as movimentações de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Desse modo, os sócios-administradores respondem solidariamente pelo crédito tributário em exame, eis que efetivamente participam das deliberações e dos negócios da empresa.

Correta, portanto, a inclusão dos sócios-administradores no polo passivo da obrigação tributária, com base no inciso III do art. 135 do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Em razão da aplicação do art. 70 do Regimento Interno do CCMG, aprovado pelo Decreto nº 48.361/22, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 28/02/24. 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 págs. 3.849/3.850. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro e Geraldo Magela Verneque Costa.

Sala das Sessões, 06 de março de 2024.

Ivana Maria de Almeida
Relatora

André Barros de Moura
Presidente / Revisor

P