

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.292/13/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000173433-38
Impugnação: 40.010134678-32, 40.010134679-13 (Coob.), 40.010134680-90 (Coob.)
Impugnante: Auto Posto Mutucão Ltda - EPP
IE: 001036186.00-48
Ederson de Paula Freitas (Coob.)
CPF: 045.566.696-26
Emerson Paula Freitas (Coob.)
CPF: 079.922.826-55
Proc. S. Passivo: Antônio Novais Caiafa/Outro(s)
Origem: DF/Varginha

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), que a Autuada promoveu entrada e saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, ensejando a exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, c/c § 2º, majorada pela reincidência, conforme art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75, sendo exigido sobre a saída desacobertada apenas a Multa Isolada. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III, Parte Geral do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de entradas e saídas de gasolina, etanol e óleo diesel desacobertas de documento fiscal, apuradas por intermédio de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - LEQFID. Este levantamento foi feito com base nos arquivos Sintegra, nas medições físicas efetuadas pela Fiscalização, nos lançamentos nos livros fiscais e levando-se em conta, ainda, a capacidade de armazenamento dos tanques de combustíveis.

Exigem-se o ICMS/ST, a Multa de Revalidação em dobro, prevista no inciso II do art. 56 c/c seu § 2º, item III, bem como a Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55, todos da Lei nº 6.763/75.

Os procuradores da Autuada protocolam, em 02/07/12, pedido de disponibilização, em meio eletrônico (planilha em formato “Excel”), das memórias de cálculo, planilhas eletrônicas e demais levantamentos realizados pelo Fisco (às fls.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

956). O pedido é indeferido pela Repartição Fazendária de Varginha, sob o fundamento de que a Autuada já teria recebido todas as cópias dos documentos que compõem o Auto de Infração. E não tendo sido incluído nenhum arquivo eletrônico no PTA, o Fisco não estaria obrigado a fornecer planilhas em meio eletrônico que não constam no processo neste formato.

Inconformada com a autuação, a Impugnante apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 965/982; e os Coobrigados, às fls. 1017/1029.

À vista dos argumentos apresentados pela Defesa, o Fisco elabora Termo de Rerratificação de Lançamento, às fls. 1039/1047.

Em consequência, é reaberto o prazo para a defesa, às fls. 1050/1055.

Os Coobrigados apresentam aditamento à Impugnação às fls. 1058/1063; e a Autuada, às fls. 1064/1076, constando em anexo ao mesmo Relatório de Auditoria do contabilista, às fls. 1077/1257.

O Fisco, então, emite Termo de Intimação nº 0446/2012, para apresentação de notas fiscais série D e modelo 1, o qual é entregue à Autuada no dia 28/11/12 (fls. 1263/1264).

Em 29/11/12, os procuradores da Autuada formulam pedido de esclarecimentos e de dilação do prazo para cumprimento da intimação (fls. 1259/1260). Porém, já em 30/11/12, apresentam a documentação solicitada (fls. 1261/1262).

Como resultado da análise da documentação apresentada, o Fisco elabora um segundo Termo de Rerratificação de Lançamento, às fls. 1268/1438.

Em consequência, é novamente reaberto o prazo de defesa à Autuada e aos Coobrigados, às fls. 1440/1441 e 1445/1446.

A Autuada apresenta novo aditamento à Impugnação às fls. 1447/1456, acompanhada de nova avaliação do contabilista (fls. 1457/1461). Já os Coobrigados se manifestam novamente às fls. 1463/1467.

O Fisco vem, por fim, aos autos para apresentar sua Manifestação Fiscal, às fls. 1470/1481, pedindo ao final pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 06/11/13, presidida pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, decidiu a 2ª Câmara de Julgamento, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Também em preliminar, à unanimidade, nos termos da Portaria nº 04/01, em deferir o pedido de vista do processo formulado pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 13/11/13.

Na oportunidade, foram proferidos os votos dos Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Relator), Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha, que julgavam parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco, às fls. 1.268/1.438. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Antônio Novais Caiafa e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes.

DECISÃO

Das Preliminares

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração por falta de apresentação da Ordem de Serviço

Não merece prosperar a preliminar arguida de nulidade do Auto de Infração, em razão da falta de Ordem de Serviço.

A Ordem de Serviço nº 08.120000073-55 foi expedida pela autoridade competente, conforme registro no Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF nº 10.0000015300.33 (fls. 07/08), bem como consta no Auto de Infração, às fls. 02/04.

Note-se que o AIAF é gerado, via sistema informatizado da SEF/MG. Para tanto, é indispensável o prévio conhecimento do número e do conteúdo da Ordem de Serviço, o que faz com que a emissão desta seja, sempre, em momento anterior ao AIAF.

Outrossim, a Ordem de Serviço é apenas um controle administrativo. O que concede ao Fisco suas atribuições é a lei, à qual ele se encontra vinculado.

A atuação da autoridade competente encontra-se fundamentada nos ditames do art. 201 da Lei nº 6.763/75, bem como dos arts. 3º, 142 e 194 da Lei nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional.

Cumprir registrar que o Auto de Infração contém todos os elementos fundamentais para que se determine, com segurança, a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, a matéria tributável, o montante do tributo devido, o sujeito passivo e a penalidade cabível. O lançamento está devidamente instruído e foram observados todos os requisitos formais e materiais necessários para efetivá-lo, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração por atuação do Fisco depois de vencido o prazo de validade do AIAF

Não é possível acatar a argumentação da Defesa de que o Auto de Infração seria nulo pelo fato da atividade fiscal ter ultrapassado o prazo de 90 (noventa dias) de validade do AIAF, nos termos do § 3º do art. 70 do RPTA. Note-se que o próprio art. 70, em seu § 4º dispõe sobre o efeito do esgotamento do prazo de validade deste Auto: devolver ao sujeito passivo o direito de realizar denúncia espontânea. O mesmo § 4º acrescenta que, se este direito não for exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal, o que demonstra que a fixação de prazo de validade do AIAF não tem a finalidade de restringir a atuação fiscal, afastando assim a pretendida nulidade. Leia-se:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por uma vez e por até igual período, pela autoridade fiscal, ou, automaticamente, por fatos que evidenciem a continuidade dos trabalhos, desde que justificável em razão da extensão ou complexidade das tarefas de fiscalização.

§ 4º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

Pela mesma razão, afasta-se a alegação de nulidade, às fls. 972, pela falta de data nas aferições e planilhas de diferenças, bem como a de que teria sido sonogada à Autuada a oportunidade de ofertar denúncia espontânea pela lavratura do Auto de Infração.

Se a Autuada e os Coobrigados não exerceram o direito de autodenúncia após vencido o prazo do AIAF, conduta que independe de comunicação prévia do Fisco, como a própria Defesa reconhece às fls. 976, a legislação tributária não lhes confere outro benefício que não este, no que tange ao vencimento do prazo de vigência do AIAF. Não exige, de qualquer forma, a necessidade de lavratura de novo AIAF, para que a ação fiscal possa ter continuidade, nos exatos termos do § 4º do art. 70 do RPTA.

Cabe aqui mencionar esclarecimento do Fisco de que, embora o início da ação fiscal tenha ocorrido em 13/02/12, desde há muito já vinha analisando toda a escrita fiscal e o estoque de combustíveis da Impugnante, o que lhe forneceu informações para formar sua convicção acerca da possível infração às leis tributárias. As aferições realizadas nos tanques de armazenamento e a leitura dos encerrantes das bombas e do PAF-ECF tiveram início em 02/08/10, durante o período de monitoramento. Nestas oportunidades, for feito também o acompanhamento do comportamento tributário da Autuada, sempre com o acompanhamento de funcionário do contribuinte.

Sendo assim, a emissão do AIAF e do posterior Auto de Infração não podem ter surpreendido o Contribuinte, o qual já tinha ciência de que estava sendo acompanhado, tendo em vista as visitas frequentes.

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração por descon sideração da escrita fiscal

A Defesa argumenta que não haveria motivo para descon sideração da escrita fiscal, com ofensa ao contraditório e a ampla defesa. Informações do arquivo Sintegra e dos Livros de Movimentação de Combustíveis teriam sido descon sideradas, assim como o período de apuração diária exercido pela Autuada.

A partir da análise da vasta documentação anexada aos autos, é possível concluir que a escrita fiscal foi, sim, considerada para fins de apuração pelo Fisco da quantidade e do valor da movimentação das mercadorias, restando afastado, portanto, este argumento. A mera observação do conteúdo das planilhas “Levantamento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quantitativo Financeiro Diário”, às fls. 42/204, revela que a apuração foi feita em bases diárias, e não mensais, como afirma a Defesa.

Note-se que os dados contidos nos documentos fiscais do Contribuinte foram considerados na exata medida em que não se mostravam em contradição com as informações colhidas pelo Fisco, nas medições de estoques realizadas. A verificação de incorreções na escrita fiscal foi o que ensejou a lavratura do Auto de Infração em análise.

Mencione-se, ainda, que a ampla defesa foi exercitada pela Autuada e pelos Coobrigados, na medida em que apresentaram seus argumentos em todos os momentos do processo, e os tiveram considerados pelo Fisco que alterou o lançamento por duas ocasiões, em decorrência das ponderações trazidas pela Defesa.

Desse modo, não se justifica a alegada nulidade do Auto de Infração, razão pela qual são indeferidas as preliminares arguidas.

Do pedido de perícia

Quanto ao pedido de realização de prova pericial, este não foi acatado, por se mostrar procedimento desnecessário, devido à vasta documentação colecionada pelo Fisco para fundamentar e comprovar a correção do lançamento.

Ressalte-se ainda que a própria Autuada apresentou Relatório de Auditoria, às fls. 1077/1257, assinado por contabilista de sua confiança, e avaliação complementar às fls. 1457/1461, na busca de contrapor argumentos que afastassem as exigências fiscais contidas no AI em análise. Os argumentos apresentados pela Defesa ensejaram, como já mencionado, duas rerratificações do lançamento.

Sendo assim, foi indeferido o pedido de perícia, com base na alínea “a” do inciso II do § 1º do art. 142 do RPTA, que assim dispõe:

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

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

Do pedido de adoção do rito ordinário

A Defesa solicita que seja conferido ao processo em tela o rito ordinário, uma vez que o total do crédito tributário do presente PTA, acrescido da majoração pela reincidência descrita no PTA nº 01.000173860-70, alcança patamar superior ao mencionado no art. 150, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 150. O rito sumário aplica-se ao:

I - PTA com valor igual ou inferior a 600.000 (seiscentas mil) Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais (UFEMGs);

Contudo, deve ser afastado o pedido de adoção do rito ordinário, na medida em que o Auto de Infração em análise, têm como sujeitos passivos a Autuada e seus dois sócios administradores, na condição de Coobrigados; já o PTA nº 01.000173860-70, que exige apenas a reincidência da multa isolada cobrada no primeiro, tem como sujeito passivo apenas a Autuada, porque os sócios administradores não são alcançados pela reincidência no presente caso.

Sendo assim, o segundo PTA não pode ser considerado complementar ao primeiro, por serem distintos os sujeitos passivos de ambos. Por esta razão, seus valores não podem ser somados para ultrapassar quantia superior àquela estabelecida pelo inciso I do art. 150 do RPTA, como pretende a Defesa.

Conclui-se pela rejeição do pedido de mudança para o rito ordinário.

Do Mérito

A presente autuação trata da constatação de entradas e saídas de gasolina, etanol e óleo diesel, desacompanhadas de documento fiscal, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - LQFID.

O período fiscalizado foi de 01/06/08 a 31/01/11, conforme mencionado no AIAF 10.000001530.33, às fls. 07/09.

A Lei nº 6.763/75 estabelece, em seu art. 16, as principais obrigações do contribuinte do ICMS. Aquelas que mantêm relação direta com o presente caso são transcritas a seguir:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada.

(...)

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

A Autuada é responsabilizada na peça fiscal pelo descumprimento destes mesmos incisos do art. 16, na medida em que deixou de recolher o imposto, de exigir do fornecedor, bem como de emitir e entregar ao destinatário, as notas fiscais que acobertariam as operações de aquisição e venda de combustível, realizadas pelo estabelecimento da Autuada.

No presente caso, trata-se da falta de recolhimento do ICMS/ST devido pela movimentação de combustíveis, conforme o Capítulo XIV – Das Operações Relativas a Combustíveis, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, que regulamenta a matéria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada, na condição de comércio varejista de combustíveis para veículos automotores, já deveria receber a mercadoria tributada pelo ICMS/ST. Porém, torna-se responsável pelo recolhimento, nos termos do art. 75 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, quando, ao adquirir a mercadoria desacompanhada de documento fiscal, o faz também sem a retenção do imposto devido a título de substituição tributária. Leia-se:

RICMS/2002 - ANEXO XV - PARTE 1

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

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

Com base na documentação fiscal requerida pelo Fisco por meio dos documentos às fls. 07/11, e das contagens de estoque de combustível às fls. 14/41, foram identificadas as diferenças nas entradas e saídas de combustíveis, demonstradas no Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, por tipo de combustível, às fls. 42/204.

Cabe esclarecer que o LEQFID tem por finalidade a conferência das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente, pelo confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e saídas, 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 o LEQFID 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:

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 diariamente.

Logo, é possível verificar, por exemplo, quando ocorre a emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia. Neste caso, o levantamento informa que houve “saída sem estoque” (SSE), 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 o saldo do 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. Por outro lado, 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. Tais ocorrências são constatadas ao final do levantamento, quando é apresentado o resumo.

Pelo exposto, resulta inadmissível a reclamação da Defesa de que o Fisco teria adotado o período mensal do fluxo de mercadorias e estoques, já que o próprio LEQFID, como o nome indica, é um procedimento de apuração de movimentação de mercadorias realizado com periodicidade diária.

Como prova da ocorrência das irregularidades, o Fisco anexou aos autos:

- a) Cópias dos Livros de Movimentação de Combustíveis, às fls. 206/216;
- b) Cópias da “Contagem Tipo Registro” do período objeto da autuação, às fls. 238/271;
- c) Cópias das DANFE das Notas Fiscais eletrônicas, emitidas pelos fornecedores com destino à Autuada no período, às fls. 273/949.

Observe-se que a Autuada apresentava razão social Auto Posto Sophia Ltda, conforme consta às notas fiscais de fornecedores, no período de 11/06/08 até 25/09/09. A partir da Nota Fiscal nº 0044931, às fls. 586, já consta a razão social atual: Auto Posto Mutucão Ltda, permanecendo a mesma Inscrição Estadual nº 001036186.00-48.

Foi acatado pelo Fisco o argumento da Defesa de que a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, deveria ser calculada respeitando-se os limites previstos no § 2º deste mesmo art. 55 da Lei nº 6.763/75. Em consequência, foi emitido o primeiro Termo de Rerratificação de Lançamento, às fls. 1.039/1.047.

A Defesa apontou a ocorrência de lançamento de dados em colunas diversas nas fls. 12, onde o volume de aquisição foi trocado pelo preço unitário. O Fisco acatou esta ponderação da Defesa, alterando o lançamento, por meio de novo Termo de Rerratificação, às fls. 1.268/1.439.

Também nesta segunda rerratificação, foi acatado o argumento da Defesa de que as notas fiscais série D, não deveriam ser lançadas somente no último dia do mês, mas, sim, nas respectivas datas de emissão.

Contudo, não cabe prosperar o argumento da Defesa de que o Fisco deveria lançar no levantamento as notas fiscais de saída para, só então, considerar as de entrada. Correto e lógico foi o método adotado pela autoridade fiscal, ao proceder em contrário. De outra forma, como adverte o Fisco, poder-se-ia chegar a uma situação impossível de abastecer um veículo com um combustível que não entrou no tanque de estocagem.

Quanto à alegação da Defesa de que o Fisco teria deixado de considerar a emissão de Notas Fiscais modelo 1 para acobertar as saídas de mercadorias, cabível é o argumento do Fisco de que, se estas tivessem sido incluídas no levantamento, o crédito tributário aumentaria, já que seriam considerados, em duplicidade, os cupons fiscais emitidos e as notas fiscais as quais estes correspondem, o que forçosamente elevaria a quantidade de combustível entrada sem documentação fiscal. Sendo assim, além de se incorrer em bitributação, a inclusão das notas fiscais modelo 1, pretendida pela Defesa, somente viria em desfavor desta.

Quanto à Nota Fiscal nº 000139 de devolução de mercadoria, referente ao Cupom Fiscal nº 16.911, não é plausível o lançamento daquela, porque foi constatado pelo Fisco que o referido cupom fiscal não consta no arquivo Sintegra, ou seja, este foi cancelado após a emissão.

O ICMS/ST foi calculado apenas na entrada, acrescido da Multa de Revalidação, exigida em dobro nos termos do art. 56, inciso II c/c seu § 2º, item III, da Lei nº 6.763, *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.

Sobre entradas e saídas de combustíveis foi exigida a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, calculada respeitando-se os limites previstos no § 2º do art. 55, os quais foram aplicados pelo Fisco a partir do primeiro Termo de Rerratificação do Lançamento, às fls. 1039/1047. Leia-se:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

Como se verifica, não pode prosperar o argumento da Defesa de que o Fisco teria se equivocado ao aplicar a multa isolada ultrapassando o percentual de 15% (quinze por cento) do valor total das operações. O § 2º retrotranscrito deixa claro que a multa está limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo, contudo, ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência. Estes seriam, portanto, os dois critérios a serem observados na aplicação da multa, e que o foram devidamente no caso em análise.

Não cabe prosperar a alegação da Defesa de que o limitador deveria ser estendido à gasolina e ao etanol. Note-se que a alíquota da gasolina é 27% (vinte sete por cento) e do etanol 22% (vinte e dois por cento). Sendo assim, o limitador foi aplicado apenas ao óleo diesel, porque a alíquota é de 12% (doze por cento); ou seja, 2,5 vezes 12% é igual a 30% (trinta por cento), que é menor do que a MI original de 40% (quarenta por cento).

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, porque está caracterizada a reincidência e ainda porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto. Leia-se:

Art. 53.

(...)

§ 3º A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 5º O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

1. de reincidência;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3. em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, legítimo se torna o lançamento.

Às fls. 958, consta cláusula 5ª da 1ª Alteração Contratual, na qual a administração da Autuada recai sobre os sócios Ederson de Paula Freitas e Emerson de Paula Freitas. A fundamentação jurídica para a inclusão destes sócios como sujeitos passivos, na condição de Coobrigados, encontra-se no art. 124, inciso II do CTN, o qual prescreve que “são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei”. Leia-se:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Neste mesmo sentido, mencione-se o inciso II do § 2º, do art. 21, da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

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).

Assim, verifica-se nos autos que há elementos suficientes que demonstram ação/omissão dos sócios administradores, contribuindo para o não pagamento do imposto devido a Minas Gerais, situação que permite enquadrá-los no precitado art. 21, § 2º, II da Lei n.º 6.763/75, atribuindo-lhes responsabilidade solidária pelo crédito tributário ora sob análise.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 06/11/13. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.268/1.438.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 13 de novembro de 2013.

**Antônio César Ribeiro
Presidente**

**Alexandre Périssé de Abreu
Relator**

T

CC/MIG