

Acórdão: 453/00/6^a
Impugnação: 40.10058234-71
Impugnante: Onogás Engarrafadora e Distribuidora de Gás Ltda
PTA/AI: 01.000135419-92
Inscrição Estadual: 702.716030.0034
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

Mercadoria - Saída Desacobertada - Vasilhame - Comprovado nos autos que os supostos destinatários, localizados em outra Unidade da Federação, não receberam o GLP, e por conseqüência, os respectivos botijões também foram entregues a destinatários diversos, sem documentação fiscal. Infração caracterizada. Legítimas as exigências fiscais.

Isenção - Descaracterização - Vasilhame - Diversas operações supostamente amparadas pela isenção, sem no entanto, cumprir as disposições regulamentares. Infração caracterizada. Mantidas as exigências fiscais.

Suspensão - Descaracterização - Vasilhame - Comprovadas diversas saídas em operações amparadas pela suspensão do imposto, sem a comprovação da respectiva entrada do vasilhame. Infração caracterizada. Exigências mantidas.

Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, que no período de novembro/97 a dezembro/98, a Autuada teria recolhido ICMS a menor, em decorrência de apuração em VFA, com recomposição de conta gráfica, motivado por **saídas de vasilhame** (botijões para acondicionamento de GLP - gás liquefeito de petróleo) **sem a correspondente tributação**, seja mediante alegação indevida de amparo nos institutos da isenção, suspensão ou não incidência, seja por efetivá-las **sem a compulsória cobertura fiscal**.

O Fisco detectou e levantou, com relação a vasilhame (botijões), operação irregular de destroca, saídas em devolução, como abatimento de crédito e como “outras saídas” sem comprovação fiscal das entradas correspondentes, saídas como “empréstimo provisório” sem provas de reentrada e em comodato, porém, desguarnecidas estas de respectivos contratos e, por derradeiro, saídas sem notas fiscais, porque não emitidas quando de remessas de GLP em operações internas e interestaduais, recebido ou não pelos consignados destinatários.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se o crédito tributário constituído de ICMS, MR (50%) e MI (20%), no valor total de R\$ 1.375.339,25.

Inconformada, a Autuada comparece aos autos (fls. 1375/1379), via mandatário com procuração regular e em forma tempestiva, e impugna o lançamento, negando ter praticado as infrações que lhe são imputadas e protestando pela posterior juntada de documentação probatória.

Relativamente às saídas a título de “empréstimo provisório”, alega inexistência de fato gerador e, quanto àquelas sob a modalidade de “comodato”, enquanto protesta pela posterior juntada dos respectivos contratos, argumenta a prescindibilidade do instrumento formal, segundo art. 1.248 do CC, para o perfazimento. Conclui, pedindo a nulidade do Auto.

O Fisco se manifesta às fls. 1389/1390, asseverando que: o trabalho fiscal se desenvolveu com base na documentação apresentada e segundo as normas da legislação; o Auto é claro, preciso, detalhado e se faz acompanhar de quadros explicativos, apontando os dispositivos legais infringidos; a Impugnante ativera-se a protestar por juntada de provas, não o fazendo, contudo, de modo algum. concernentemente à irregularidade em destroca de vasilhame, o sujeito passivo não observou a prescrição clara do Item 56, do Anexo I, do RICMS/96, ou seja, não mencionou número, série e data de nota fiscal acobertadora dos botijões recebidos, na respectiva nota emitida para “acerto”. Reafirma algumas irregularidades apontadas como objeto de infringência pela Impugnante e pugna, pela improcedência da impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer fundamentado de fls. 1395/1400, opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Em análise preliminar, verifica-se que não prospera a argüição de nulidade do Auto de Infração, vez que o mesmo cumpriu todos os requisitos elencados nos artigos 57 e 58 da CLTA/MG.

A rigor, a Impugnante restringiu-se a uma negativa geral das acusações, simplesmente protestando por posterior juntada de provas a ilidirem a ação fiscal, omitindo-se, portanto, em oferecer defesa fundamentada que viesse, de alguma maneira, colocar em cheque o trabalho fiscal.

A bem dizer, desperdiça, na esfera administrativa, a oportunidade que a legislação lhe confere, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa, de justificar-se e ou apresentar as provas que, no todo ou em parte, implicassem numa revisão do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Insta lembrar, conforme expressão do Parágrafo único do art. 98 da CLTA/MG, que o momento de anexação das provas à Impugnação é o da apresentação desta, sob pena de preclusão.

Ademais, gozando o AI da presunção “juris tantum” de legitimidade e não oferecida prova inequívoca em contrário, há aquela de prevalecer (CLTA/MG, art.109).

Quanto ao mérito, saliente-se, que o trabalho de fiscalização, que ensejou a presente autuação, como se vê à fl. 11 – cópia da fl. 27 do RUDFTO, resultou no nascimento de dois PTA’s, 01.000135418-10 (referente exclusivamente às operações com GLP) e este, de nº 01.000135419-92 (apurando irregularidades nas operações com o **vasilhame - botijões** -).

Ressalte-se que a decisão da contenda está mais afeta à perfeita compreensão do trabalho fiscal, quer seja do procedimento, dos levantamentos e dos quadros demonstrativos que, adotados, compõem os autos, do que propriamente da controvérsia estabelecida e não resolvida pela Impugnação e pela Manifestação Fiscal.

O Item 6.1 do AI aponta destroca irregular de vasilhames, detectada na NF 5476 – jan/98 -, para tanto emitida, face inobservância do disposto no Item 56 do Anexo I do RICMS/96.

A isenção ali prevista é condicionada à indicação do nº, série e data da nota fiscal acobertadora da mercadoria recebida. Como o contribuinte assim não procedeu, está correta a exigência do imposto e da MR.

Já o **Item 6.2 exige ICMS e MR, por saídas em devolução, sem comprovação da efetiva entrada dos botijões**, segundo observado à fl. 54 – quadro II do Anexo IV.

Arrolam-se como motivos do procedimento fiscal: a nota fiscal de entrada não destinava vasilhame à Autuada, mas a terceiro; houve devolução para contribuinte não remetente dos botijões; e a quantidade devolvida é superior à entrada, pelo que se cobra imposto sobre a diferença a maior.

Através do Item 6.3, o fisco exige ICMS, MR e MI por saídas de vasilhame para destinatários localizados em Goiás. Na verdade, o fato merece explicação.

Os quadros III e V do Anexo IV (fls. 62/72 e 96/155) fazem menção a notas fiscais de venda de GLP sem correspondentes notas fiscais de vasilhame, sendo que, comprovadamente, consoante demonstrado no Anexo V deste PTA e no Anexo VI do de nº 01.000135418-10, os destinatários mencionados não receberam o produto, por diversas razões (inscrição cancelada/baixada, declaração de não recebimento com cópia do LRE, declaração de não serem clientes da Autuada etc). Ora, o gás é acondicionado em botijões. Se os destinatários não receberam o produto, também não o vasilhame. A dedução imediata é de operações internas, donde exigir-se o ICMS, MR e MI, no caso,

por saídas desacobertadas, já que não houve emissão de notas de vasilhame. Corretas as exigências fiscais.

O Item 6.4, cobra ICMS, MR e MI por saídas desacobertadas de vasilhame. Neste caso, a diferença, em relação ao item anterior, é que naquele os destinatários não receberam o GLP, o que induziu a operações internas e aplicação de alíquota também interna para o vasilhame. Neste, entendeu-se, por não emissão de notas fiscais para vasilhame em operações interestaduais com o GLP, ter havido saídas interestaduais de vasilhames sem cobertura fiscal.

Por conseguinte, o imposto exigido fora à alíquota interestadual. As exigências são legais e não merecem reparos.

No Item 6.5, a Autuante cobra ICMS e MR por devoluções de vasilhame para outros Estados, como se fossem “abatimentos de crédito”, porém, sem comprovação alguma da entrada.

Com referência à NF 1.201 – fl. 160, foi exigida ainda MI de 20 %, já que não houve recebimento pelo destinatário. Este declara não ser cliente da Impugnante (fl. 1.341/1.353). As exigências procedem.

No item 6.6, estão sendo exigidos ICMS e MR sobre saídas em devolução para os Estados do MT e GO, sem a comprovação de entradas.

Informa o fisco que o Autuado alega terem (os vasilhames) chegado desacobertados e ao emitir notas fiscais de saídas, ampara-se impropriamente na Resolução nº 1.874/89.

Com razão o Fisco, vez que esse instrumento da legislação mineira não pode valer para saídas interestaduais.

Relativamente à operação para aquele destinatário consignado que não recebera a mercadoria, em conformidade com a declaração às fls. 1.341/1.353, aplicou-se alíquota interna, bem assim multa isolada por destinação diversa.

Item 6.7 – Exigência de ICMS e MR sobre vasilhames saídos a título de empréstimo provisório, entretanto, sem notas fiscais de devolução. MI por destinação diversa, relacionada com contribuinte com inscrição cancelada desde agosto de 94. Quadro X do Anexo IV, às fls. 966/1.096 e quadro IX, às fls. 1.097/1.177.

Segundo a Impugnante, as exigências não procedem, sobretudo por inexistência de fato gerador.

Realmente, se caracterizados empréstimos, não haveria falar em tributação. Os empréstimos, na espécie, seriam contratos de comodato, independentemente da fixação ou não de prazo. No entanto, o empréstimo, principalmente se intitulado provisório, implica necessariamente na devolução da coisa cedida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As exigências fiscais resultam da descaracterização tácita de tais empréstimos, exatamente em virtude da não devolução comprovada, pelo que corretas as exigências de imposto e multas.

Item 6.8 – Exigência de ICMS e MR sobre saídas de botijões a título de “outras saídas”, sem a comprovação da efetiva entrada (quadros XII e XIII – fls. 1.178/1.202).

Alguns dos destinatários têm inscrição cancelada e ou atividades paralisadas antes das remessas (fls. 1.326/1.327 e 1.339/1.340). Exigências sem reparos.

Quanto ao **Item 6.9, refere-se a cobrança de ICMS, MR e, nos casos de comprovado não recebimento da mercadoria pelo destinatário, MI de 20 % por destinação diversa**, em decorrência de saídas “a título de Comodato”, porém, inexistentes os contratos probatórios.

Como explicitado às fls. 1.233, diversos dos mencionados destinatários tiveram suas inscrições canceladas muito antes das remessa, fato comprovado pela documentação presente no Anexo V.

Assegura o contribuinte, Impugnante, que os contratos existem, apesar de prescindíveis - por escrito - para sua validade, nos termos do art. 1.248 do CC.

De fato, a teor dessa disposição, o contrato de comodato perfaz-se com a tradição da coisa cedida.

No caso da lide, há convir que uma empresa comercial não vá ceder a terceiros mercadorias sem contrato por escrito, mormente em se tratando de botijões para acondicionamento de gás, dado que, se o fizesse, perderia seu controle.

Ademais, se de um contrato de comodato nasce direito para terceiro ou o extingue, obviamente precisa ser provado por instrumento escrito. Ainda que assim não fosse, impenderia provar-se por qualquer meio, até por prova testemunhal.

Por outro lado, afirma a Impugnante que existem contratos escritos, mas não os junta.

Destarte, face a tantas operações irregulares, incumbiria ao sujeito passivo provar que os contratos escritos realmente existem e juntá-los para obter êxito na desconstituição desta parcela do crédito tributário. Como nada fez, mantém-se as exigências.

Grande parte do trabalho fiscal origina-se da descaracterização da natureza das operações informadas, principalmente motivada por falta de instrumentos de prova e/ou por inobservância de condições impostas pela legislação de regência.

O Anexo VI (fls. 1.360/1.373) compõe-se de cópias de notas fiscais emitidas pela Impugnante, contendo preços de vasilhames, cobrindo todo o período

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscalizado, prestando-se, ao Fisco, para formar a base de cálculo das saídas irregulares.

Assim sendo, restam devidamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo legítimas as exigências constantes do Auto de Infração.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 6ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração, e no mérito, também à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Crispim de Almeida Nésio e Ângelo Alberto Bicalho de Lana. Assistiu ao julgamento, pela Fazenda Estadual, o Dr. José Alfredo Borges.

Sala das Sessões, 28/06/2000.

Luciano Alves de Almeida
Presidente

Cleomar Zacarias Santana
Relator