

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 2.291/01/CE
Recurso de Revista: 40.050102985-61- 40.050102987-23
Recorrente: Fazenda Publica Estadual
Recorrida: Primo Schincariol Ind. de Cervejas e Refrigerantes S/A(Aut) e Destak Distribuidora Ltda (Coob)
Proc.do Suj. Passivo: Marcelo Silva Massukado/Outros(Aut) e Maurício Jorge de Freitas (Coob)
PTA/AI: 01.000008617-21 - 01.000008629-73
CNPJ: 50.221019/0001-36-Itu-SP(Autuada)
Inscrição Estadual: 433.624443.00-54(Coobrigada)
Origem: AF/ Varginha
Rito: Ordinário

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - AUTUADA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão da Autuada do polo passivo da obrigação tributária, por falta de provas de sua participação no ilícito fiscal.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - Inobservância das determinações expressas no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172/66, o que determina decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário relativamente aos exercícios de 1.992 e 1.993.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CERVEJA E REFRIGERANTE - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - Responsabilidade atribuída ao Estabelecimento Mineiro, nos termos dos arts. 29 e 152 do Anexo IX, ambos do RICMS/96. Mantidas as exigências Fiscais do exercício de 1.994, em relação à Coobrigada.

Recursos de Revista conhecidos em preliminar, à unanimidade. No mérito, por maioria de votos, deu-se provimento parcial aos mesmos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST em operações de venda de cerveja e refrigerantes efetivamente ocorridas entre a Autuada e a Coobrigada, segundo constatação fiscal.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 14.402/00/1ª, por maioria de votos, em preliminar, julgou alcançadas pela decadência as parcelas relativas aos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exercícios de 1992 e 1993, relativamente a Coobrigada e, no mérito, julgou improcedente o lançamento, para cancelar integralmente as exigências fiscais.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestiva e regularmente, o presente Recurso de Revista, apontando como divergente da decisão os seguintes paradigmas: Acórdão nº 11.674/96/3ª quanto ao mérito e Acórdãos nº 11.820/96/1ª e 12.623/96/3ª quanto a decadência.

Em relação à decadência relativa aos créditos de 1992 e 1993, rejeita sua ocorrência, pelo fato da Coobrigada ter sido intimada do TO em 1995. Sustenta que esse termo reúne todas as características do lançamento e configura a medida preparatória prevista no parágrafo único do artigo 173 do CTN; e cita a esse respeito lições de Hugo de Brito Machado e Ruy Barbosa Nogueira.

No mérito reporta-se aos fundamentos do parecer da Auditoria na fase de Impugnação, quais sejam: - afirma que a efetiva destinação das mercadorias à Coobrigada é comprovada pelos documentos apreendidos em suas dependências e pelas declarações prestadas pelo motorista à Polícia Civil; - descreve os procedimentos adotados para a simulação do retorno dos vasilhames de Alagoas, inclusive com aposição de carimbos falsos nas notas fiscais; - destaca a impossibilidade física do percurso SP – Alagoas no tempo informado; - alega que os pagamentos eram feitos em Minas Gerais, conforme duplicatas apreendidas no estabelecimento mineiro; - sustenta que a cláusula *FOB* não exclui a responsabilidade da remetente pela substituição tributária; e ao final requer o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

As Recorridas, tempestivamente, por intermédio de seus procuradores legalmente habilitados, apresentam contra-razões, sob os seguintes fundamentos: - a mencionada decisão divergente quanto à questão de mérito ainda não restou definitiva, uma vez objeto de mandado de segurança contra o não conhecimento do PR interposto, não podendo, assim, ser paradigma, conforme Deliberação nº 07/88; - a Auditoria Geral do Estado reconheceu a ausência de responsabilidade da remetente pela infração; - a interpretação dada aos fatos e provas dos autos é distorcida e o direito como posto pela Recorrente não tem base legal; - o memorial oferecido por ocasião do julgamento da Impugnação demonstra a fragilidade da acusação fiscal; - as empresas destinatárias em Alagoas tinham existência de fato e de direito, não foram consideradas inidôneas e a elas foram remetidas as mercadorias, entregues no portão da remetente; - o reclamado no lançamento não decorre de notas fiscais apreendidas na Destak Distribuidora Ltda, como se afirma, mas as notas fiscais objeto do lançamento foram obtidas na Recorrida Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A, em Itu/SP; - não procede a afirmação de que a venda sob cláusula *FOB* não exclui a responsabilidade da remetente pela ST; - o Estado de Alagoas, para onde foram remetidas as mercadorias, não aderiu ao regime de ST para bebidas, daí a ausência de responsabilidade da remetente, que não deu causa a eventual desvio presumido pelo Fisco; - a acusação se deu em virtude de um carregamento de garrafas vazias; - no tema de decadência, a doutrina utilizada pela Recorrente é superada, sendo que esta operou-se também em relação à Primo Schincariol; - o TO não corresponde a lançamento, que modernamente é considerado ato administrativo e não procedimento; - a SLT manifesta mesmo entendimento na resposta à Consulta nº 077/2000, a qual equivale a norma tributária,

nos termos do artigo 100 do CTN; - o parágrafo único do artigo 173 do CTN é norma de antecipação do marco inicial do prazo decadencial; e ao final requer que seja negado conhecimento ao recurso ou, do contrário, que a ele não seja dado provimento.

A Auditoria Fiscal, em pareceres constantes dos autos, opina em preliminar, pelo conhecimento dos Recursos de Revista e, quanto ao mérito, pelo seus provimentos parciais parra que:

1 - prevaleçam integralmente as exigências fiscais em relação à Autuada Primo Schincariol;

2 - prevaleçam somente as exigências do exercício de 1.994, em relação à Coobrigada Destak Distribuidora.

DECISÃO

Da Preliminar

Primeiramente analisaremos as condições de admissibilidade capitulada no art. 138 da CLTA/MG, confrontando a decisão com os acórdãos paradigmas apresentados pela Fazenda Pública Estadual, ora recorrente.

Nos acórdãos nº 11.820/96/1^a e 12.623/98/3^a, a Recorrente pretende a reanálise da questão da decadência. Naqueles casos, considerou-se que a lavratura do Termo de Ocorrência antes do vencimento do prazo de decadência impediu que esta se operasse. No caso presente, ao contrário, considerou-se que somente pode ser considerada para esse efeito a data do recebimento do AI, este é o instrumento legítimo para se constituir o lançamento do crédito tributário.

O paradigma indicado, Acórdão nº 11.674/96/3^a trata da mesma questão de mérito ora discutida, sendo a mesma acusação fiscal, as mesmas circunstâncias, os mesmos elementos de prova, até as mesmas empresas envolvidas. Naqueles casos foram aprovadas as exigências fiscais, ao contrário do presente caso. As Recorridas, Autuada e Coobrigada, argumentam que a decisão indicada ainda não é definitiva, por ter sido objeto de mandado de segurança contra o não conhecimento do PR interposto.

Porém, a eventual possibilidade de reforma da decisão não a exclui como paradigma, mesmo a decisão não transitada em julgado deve ser aceita. Não serve como paradigma somente a decisão reformada em caráter definitivo, é o mesmo que determina o atual Regimento Interno do CCMG, em seu artigo 48.

Presentes os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revista, uma vez caracterizada a divergência jurisprudencial em relação as questões de mérito e da decadência, passemos a análise do mérito do lançamento fiscal.

Em matéria de decadência a regra geral é o inciso I do artigo 173 do CTN, sendo que o parágrafo único do mesmo artigo simplesmente prevê a possibilidade de

antecipação do termo inicial, que passaria do primeiro dia do exercício seguinte para a data concernente à notificação de medida preparatória indispensável à formalização do crédito tributário, desde que anterior àquela.

Pela norma do inciso II, artigo 56 da CLTA/MG, diploma legal que disciplina o Processo Tributário Administrativo em MG, verifica-se que é com a lavratura do AI que a Fazenda Pública formaliza o lançamento do crédito tributário. Como bem ressaltado pela Auditoria Fiscal, o TO, hoje não mais previsto na legislação, tinha apenas o condão de preparar o lançamento e proporcionar a manifestação do contribuinte, que inclusive poderia redundar em retificação ou cancelamento do feito fiscal, além do pagamento das exigências com os valores das multas reduzidas relativamente ao Auto de Infração.

Da análise dos fatos nos autos, laçados os períodos dos exercícios de 1992, 1993 e 1994, a Autuada foi intimada da sua lavratura em 23/05/95 e a Coobrigada em 26/02/99, operando-se a decadência em relação aos exercícios de 1992 e 1993 para esta, mantida toda a exigência para aquela. Dessa forma, correta a decisão da Câmara *a quo*, a exemplo dos acórdãos 2.074/00/CE, 2.143/00/CE, 2.181/00/CE e 2.208/00/CE.

Do Mérito

Em relação ao mérito, analisaremos duas questões, primeiro a real comprovação da destinação das mercadorias à empresa mineira e em seguida a sujeição passiva da obrigação tributária eleita pelo Fisco.

As recorridas afirmam que a acusação se deu em virtude de um carregamento de garrafas vazias. Porém, verifica-se pelas provas dos autos que a partir da verificação fiscal em um carregamento de vasilhames em retorno, surgiram vários indícios, deflagrando outras constatações, tais como: exame do depoimento de um dos motoristas envolvido à Delegacia de Polícia Civil; duplicatas quitadas emitidas pela remetente da mercadoria à destinatária, estabelecida no Estado de Alagoas, relativas às operações, segundo o Fisco encontradas em poder da empresa mineira, sendo tal alegação contestada pela Autuada; análise do tempo gasto para o percurso dos trajetos indicados nas notas fiscais, evidenciando-se total impossibilidade material do percurso dos 5.000 km entre Itu/SP e Maceió/AL, em até três dias, com a mesma carreta carregada, com o mesmo motorista, em viagens sucessivas; e os retornos dos vasilhames para a remetente ocorria a partir do estabelecimento da Coobrigada em Minas Gerais, certificado pelas notas fiscais de retorno emitidas pela Coobrigada.

Tais constatações foram obtidas pelo Fisco através de diligências efetuadas, informações coletadas e apreensão de documentos, para, ao final, diante de um conjunto de elementos de prova obtidos, concluir pela procedência da imputação fiscal.

Relativo a sujeição passiva da obrigação tributária das empresas arroladas no Auto de Infração, admitida a destinação das mercadorias a estabelecimento mineiro, há que se verificar a real responsabilidade da Autuada, bem como da Coobrigada. As notas fiscais trazidas aos autos são 6ª via-fixa, colhida nos arquivos da Autuada; e o transporte da mercadoria operou-se por conta e ordem do destinatário, conforme

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

descriminado em seu corpo, em grande parte delas o veículo era de propriedade da Destak Distribuidora Ltda, ora Coobrigada, uma vez ocorridas as operações sob a cláusula *FOB*.

Não há nos autos nenhuma prova cabal que ateste inequivocamente a imputação de responsabilidade a Autuada sobre eventuais ocorrências após a entrega regularmente acobertada das mercadorias nos portões de seu estabelecimento, verifica-se que os indícios que levam ao entendimento de responsabiliza-la pelo imposto devido por ICMS/ST nas operações, carecem de provas mais contundentes, conclui-se que o desvio de rota ocorreu após a tradição das mercadorias. Pelos documentos carreados aos autos precária a afirmação da sua responsabilidade quanto a correta destinação das mercadorias, não restando caracterizado a sua responsabilidade pela obrigação tributária.

Relativo ao parecer da Auditoria Geral do Estado sobre a questão, trazidos aos autos, por não se inserir na competência daquele órgão pronunciar-se em processos tributários administrativos no âmbito do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, desnecessária sua apreciação.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, conhecer dos Recursos de Revista. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial aos mesmos para excluir do polo passivo das obrigações tributárias a Autuada (Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A). Das exigências fiscais relativas aos exercícios de 1992, 1993 e 1.994, manteve-se as exigências do exercício de 1994 com relação à Coobrigada (Destak Distribuidora Ltda). Vencidos, em parte, os Conselheiros João Inácio Magalhães Filho e Luciana Mundim de Mattos Paixão(Revisora), que a eles negavam provimento, e, o Conselheiro José Luiz Ricardo que não excluía as exigências dos exercícios de 1992 e 1993, entendendo não alcançados pela decadência. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos acima citados, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões e Mauro Heleno Galvão. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta e, pela Recorrida o Dr. Maurício Jorge de Freitas.

Sala das Sessões, 27/04/01.

José Luiz Ricardo
Presidente

Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora

MLPA/EJ/GGAB