

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 16.826/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010111183-18 (Aut.), 40.010111407-47 (Coobr.)
Impugnantes: Real Minas Petróleo Ltda (Aut.), Agropéu Agro Industrial de Pompéu S/A (Coobr.)
Proc. S. Passivo: Tarcelio Santiago da Silveira Júnior/Outros (Aut.), Antônio Fernando Drummond Brandão Júnior/Outros (Coobr.)
PTA/AI: 01.000142873-81
Inscr. Estadual: 479.734482.00-52(Aut.), 520.316928.00-26 (Coobr.)
Origem: DF/ Divinópolis

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADO – SOLIDARIEDADE - Constatada a responsabilização da Coobrigada tendo em vista tratar-se de operação amparada pelo diferimento do imposto, o qual não exclui a responsabilidade do remetente da mercadoria, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação. Desta forma, nos termos do artigo 21, parágrafo único, item 5, da Lei nº 6763/75 c/c o art. 124, I, do CTN, a Coobrigada responde pela obrigação tributária em comento, mas apenas relativamente ao item 2.2 do Auto de Infração.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EXTRAVIO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatado o extravio de notas fiscais de entrada relativas às aquisições de álcool hidratado. Infração caracterizada nos termos do artigo 96, incisos II, alínea "a" e III, dos RICMS/96/02. Legítima a aplicação da MI de 40%, consoante artigo 55, inciso XII, da Lei 6.763/75.

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO PELO DESTINATÁRIO. Constatada a aquisição de álcool hidratado ao abrigo do diferimento, impõe-se ao adquirente, Distribuidor, a obrigação de recolhimento do ICMS diferido englobadamente com o ICMS/ST pelas saídas, segundo disposição da legislação. Comprovados, todavia, o não recolhimento e sequer a escrituração das notas fiscais de compra no LRE. Corretas as exigências fiscais.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - SAÍDA DESACOBERTADA. Constatado mediante extravio e falta de escrituração de notas fiscais de aquisições de álcool hidratado, a realização de saídas de mercadorias desacobertas e sem a retenção e recolhimento do imposto devido pelo Distribuidor, na qualidade de substituto tributário. Infração caracterizada nos termos do artigo 372, "a", do Anexo IX ao RICMS/96. Exigências mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre extravio de notas fiscais de aquisição de álcool hidratado carburante, falta de recolhimento do ICMS diferido, incidente nessas operações, bem assim sobre respectivas saídas desacobertas, obviamente sem a retenção e sem o recolhimento do ICMS/ST, no período de julho a setembro/2002. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso XII, da Lei nº 6763/75.

Atribuiu-se coobrigação ao fornecedor, AGROPÉU AGRO INDUSTRIAL DE POMPÉU SA, após ter-se-lhe conferido o prazo de 30 (trinta) dias para recolhimento do imposto monetariamente atualizado.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 353 a 365 e 321 a 324, respectivamente, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 368 a 386.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 387 a 394, opina pela procedência parcial do lançamento, no sentido de que, mesmo mantida a Coobrigada no pólo passivo obrigacional, se entenda sua responsabilidade como subsidiária, aplicando-lhe, por ocasião de execução forçada, se for o caso, o benefício de ordem.

DECISÃO

Versa o trabalho fiscal sobre extravio de notas fiscais de aquisição de álcool hidratado, não recolhimento do ICMS diferido relativo às entradas e imputação de saídas desacobertas e sem retenção/recolhimento do ICMS/ST.

Atribuiu-se coobrigação à fornecedora, AGROPÉU AGRO INDUSTRIAL DE POMPÉU S/A, tangente a exigência de ICMS/MR pelas operações de venda à Autuada sob amparo do diferimento, vez que, comprovado o não recolhimento pela destinatária, fora intimada a fazê-lo, todavia, a tanto se recusando.

A controvérsia estabelecida não oferece dificuldades à elucidação.

O trabalho fiscal apresenta-se de excepcional clareza, devidamente fundamentado na legislação, encontrando-se o PTA satisfatoriamente instruído.

Já o TIAF (fls. 02) prestou-se a intimar a Autuada a apresentar as notas fiscais de entrada de álcool hidratado, conforme listagem colhida junto à fornecedora, no caso, a AGROPÉU AGRO INDUSTRIAL DE POMPÉU SA, relativamente ao período compreendido de julho a setembro/02.

A intimação não foi cumprida, o que autoriza o Fisco a acusar a adquirente de extravio de notas fiscais.

A acusação procede. As notas fiscais sequer foram objeto de registro no LRE (conforme cópias juntadas aos autos), o que não significa que a destinatária

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Autuada) não tenha recebido o produto. O Fisco comprovou pedido, pagamento ou forma de pagamento. Aliás, em nenhum momento houve negativa de aquisição do álcool hidratado, mas alegação não provada de que fora transferido para filial em S. Paulo, o que estaria a justificar a não escrituração das notas fiscais, o não recolhimento do ICMS diferido, bem como a não retenção/recolhimento do ICMS/ST.

O procedimento da Autuada não encontra amparo na legislação. Outrossim, suas alegações não se fazem acompanhar de suporte probatório.

Houve mera alegação, não acompanhada de provas.

Essa transferência direta é muito pouco provável, até porque dificilmente veículos transportando álcool hidratado passariam por barreiras fiscais mineiras e paulistas com notas fiscais destinadas a estabelecimento mineiro.

Se não bastante, o correto seria a escrituração das notas de entrada e emissão de respectivas saídas. Entretanto, isso é simples conjectura, ante alegação sem provas.

Caracterizado o extravio, correta se afigura a imposição da penalidade do artigo 55, inciso XII, da lei 6763/75.

O argumento impugnatório, de que a emissão de notas fiscais consignando a Autuada como destinatária não significa aquisição e entrada da mercadoria no estabelecimento, fragiliza-se diante das provas carreadas, sobretudo da comprovação de pagamento e/ou do ajuste para se efetuar-lo.

É patente a obrigação, não só de escriturar, como também de manter os documentos fiscais pelo prazo quinquenal, consoante artigo 16, II, da lei 6763/75.

A segunda acusação é a de não pagamento do ICMS diferido pelas aquisições de álcool hidratado. Tendo extraviado todas as notas fiscais de aquisição e sequer as escrituradas, obviamente a Autuada não recolheu o ICMS diferido ao tempo da retenção e recolhimento do ICMS/ST por ocasião das saídas, mesmo porque saídas também a descoberto de documentação fiscal.

A teor do item 43, "b", do RICMS/96 (40, "b", do RICMS/02), ocorre o diferimento do ICMS na saída de álcool hidratado da usina com destino ao distribuidor para o momento em que se der a retenção do imposto por ST e/ou da saída para fora do Estado, obrigando-se o recolhimento englobadamente com este (ST).

A documentação carreada aos autos pelo autuante é bastante para prova do não recolhimento do ICMS diferido. Assim ciente, intimou-se a remetente para que em 30 (trinta) dias o fizesse, conforme item 5 do parágrafo único do artigo 21 da lei 6763/75 c/c artigo 11 do RICMS/96 (e /02), dispositivos assim redigidos:

RICMS/96 :

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 11 - O diferimento não exclui a responsabilidade do alienante ou remetente da mercadoria ou do prestador de serviço, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação.

Lei 6763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

Parágrafo único - Respondem subsidiariamente pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

(...)

5) na hipótese de diferimento do imposto, o alienante ou remetente da mercadoria ou o prestador do serviço, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação, caso em que, será concedido ao responsável subsidiário, antes da formalização do crédito tributário, o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do tributo devido, monetariamente atualizado, sem acréscimo ou penalidade.

O intimado, todavia, decidiu não recolher o imposto, motivo pelo qual foi arrolado responsável nos autos, relativamente às exigências correlatas.

Descabida faz-se a defesa oposta pela Coobrigada, tocante constituir-se o diferimento uma modalidade de substituição, hipótese em que a responsabilidade seria exclusiva do destinatário.

O diferimento, em verdade, consiste em técnica de tributação, mais propriamente, em postergação do lançamento e do pagamento do imposto devido em dada fase do processo circulatório da mercadoria para fase posterior. Não é substituição tributária, tanto que o ICMS diferido não integra a base de cálculo da operação/prestação a que se refere. Caso isso se desse, estaria o remetente/alienante enriquecendo-se ilicitamente, em detrimento do contribuinte que promove operação/prestação que o encerra.

Em princípio, a obrigação seria do beneficiário. Obviamente, ao se estabelecer sua responsabilidade subsidiária, não estaria o Estado senão fazendo justiça, retornando ao devedor originário o ônus pelo próprio débito.

Entretanto, a responsabilidade subsidiária se encerra por ocasião da intimação não cumprida pela Coobrigada, quanto ao prazo de 30 (trinta) dias para adimplemento da obrigação. Não o fazendo, a responsabilidade retorna de forma pura e simples, nos termos do art. 124, I, do CTN, em face do “interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação” tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Versasse o diferimento sobre modalidade de substituição, estaria correto o raciocínio da Coobrigada. Contudo, diferimento e substituição tributária consubstanciam-se institutos diversos.

Sem adentrar à polêmica de ser ou não a subsidiariedade uma faceta da obrigação solidária, há de prevalecer, no tocante à cobrança do crédito tributário, a remetente como co-responsável pelo crédito. Isso significa que a responsabilidade da Remetente precisa ser mantida, todavia, restrita às exigências fiscais do item 2.2 do Auto de Infração.

A bem da verdade tal informação já se encontra posta no Auto de Infração. Entretanto, o montante das exigências se faz de modo conjunto, razão pela tomada de decisão de se definir, nesta sessão, a restrição da responsabilidade do Coobrigado aos exatos valores do item 2.2 do Auto de Infração.

Por derradeiro, impende comentário à acusação de saídas desacobertas e, por conseqüência, de falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST.

A acusação deriva de nexos lógicos. Tendo havido aquisição de álcool hidratado (o que restou comprovado), porém extraviando-se as correspondentes notas fiscais, que sequer foram objeto de registro no LRE, evidentemente que as saídas terão ocorrido sem notas fiscais, sem retenção e sem recolhimento do ICMS/ST.

Qualquer alegação diversa haveria de ser provada, o que não se fez.

Quanto ao procedimento adotado para encontrar-se a BC e o valor do imposto não retido e não pago, o Fisco o demonstra com propriedade e em conformidade ao disposto no artigo 363, IV e § 2º do Anexo IX - RICMS/02 (idêntico ao artigo 375, IV e § 2º do RICMS/96) à fl. 26, apresentando o PMPF à fl. 27.

Vale salientar a correção da BC para efeito da imposição da MI de 20% por saídas desacobertas.

Quanto à MR, há de ser realmente em dobro, a teor do disposto no artigo 55, § 2º, da lei 6763/75.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade e confiscatoriedade das multas aplicadas, bem como aplicação da SELIC a título de juros moratórios, desmerecem apreciação em foro administrativo. Tanto as penalidades como o emprego da SELIC têm previsão legal.

É ainda relevante lembrar que a conduta da Autuada, pela própria natureza, faz presumir o dolo, o que labora contra a pretensa aplicação do permissivo legal, do artigo 53, § 3º, da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para, mantendo-se integralmente as exigências fiscais, restringir a responsabilidade tributária da Coobrigada às exigências fiscais do item 2.2 do Auto de Infração. Vencidos, em parte,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) e Windson Luiz da Silva, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir a Coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária. Pela Coobrigada, sustentou oralmente o Dr. Antônio Fernando Drummond Brandão e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Amélia Josefina A. Nogueira da Fonseca. Participou também do julgamento, o Conselheiro Mauro Rogério Martins.

Sala das Sessões, 27/10/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ

CC/MIG