

Acórdão: 14.209/00/3^a
Impugnação: 40.10056484-08
Impugnante: Posto e Restaurante JF Ltda
Coobrigado: Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda
Advogado: Juvenil Alves Ferreira Filho/outras
PTA/AI: 01.000119073-45
Inscrição Estadual: 019.463432.0043 (Autuada)
Origem: AF/II Passos
Rito: Ordinário

EMENTA

Responsabilidade Tributária - Eleição Errônea do Sujeito Passivo – Coobrigada – Só podem ser eleitos sujeitos passivos da obrigação tributária aqueles que a Lei assim determinar. Não há, em relação à situação em tela, nenhum dispositivo legal que atribua ao remetente da mercadoria responsabilidade solidária pelo crédito tributário exigido, relacionado com a aquisição de gasolina sem a retenção do ICMS devido por substituição tributária. Excluída a Coobrigada do polo passivo da obrigação tributária, devido a eleição errônea. Exigência cancelada.

Substituição Tributária - Combustíveis - Falta de Recolhimento do ICMS/ST - Na entrada de combustíveis de outra unidade da Federação, sem a devida retenção do ICMS/ST, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao varejista adquirente das mercadorias (art. 44, § 1º do RICMS/91). Reduzida a multa de revalidação a 50%, por ser inaplicável à espécie a norma estatuída no art. 56, § 2º da Lei 6.763/75. Exigências parcialmente mantidas.

Obrigação Acessória - Falta de Escrituração de Nota Fiscal - Constatada a falta de registro de notas fiscais de entradas no LRE. Aplicação de penalidade específica prevista no art. 55, inciso I, "a", da Lei 6.763/75. Irregularidade não examinada pela Câmara de Julgamento, tendo em vista que a Autuada efetuou o recolhimento com os benefícios concedidos pela Lei 13.243/99, conforme DAE de fls. 318 (1ª parcela).

Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. aquisição de gasolina de distribuidora estabelecida em outra unidade da Federação, sem a retenção do ICMS devido por substituição tributária, no período de outubro de 1994 a dezembro de 1995;
2. falta de escrituração, no livro próprio, de notas fiscais de aquisição de gasolina e álcool carburante, referente ao período de outubro de 1994 a dezembro de 1995.

Exigiu-se, originariamente, crédito tributário no valor total de R\$ 858.277,68 (adequado à Lei 12.729/97), composto de parcelas de ICMS, MR (100%), MI (5%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 292/305, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 319/320.

A Impugnante, concordando com parte das sanções, efetuou pagamento da multa isolada imputada, relativa ao item 2 do Auto de Infração, beneficiando-se da redução dos valores de multas concedida pela Lei 13.243/99, passando o crédito tributário remanescente constituir-se de R\$ 789.520,49 (adequado à Lei 12.729/97), composto de parcelas de ICMS e MR (100%).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 327/332, opina pela procedência parcial ou procedência da Impugnação.

DECISÃO

Tendo em vista que a Auditoria Fiscal, no bem elaborado parecer de fls. 327 a 332 aborda todos os pontos levantados pela Impugnante, é o que abaixo se transcreve, sendo este o fundamento desta decisão.

"DAS PRELIMINARES

Da impossibilidade de subsistirem conjuntamente substituto e substituído no pólo passivo da exigência fiscal

A dinâmica que comporta o regime de substituição tributária progressiva (para frente) do ICMS, impende que o encargo de apurar e recolher o imposto incidente nas operações posteriores, gravará àquele remetente da mercadoria, retirando a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação de quem dá efetivamente causa à ocorrência do fato gerador.

Entretanto, furtando-se o substituto tributário da imposição jurídica de reter e recolher o imposto relativo ao fato gerador presumido, é lícito ao ente tributante lançar-se em busca da satisfação da obrigação, exigindo daquele que pela prática do regime de substituição tributária foi preterido ao remetente, *ex vi* do disposto no art. 44, do RICMS/91.

De se observar que, *in casu*, a sujeição passiva na relação que se estabelece, quando da exigência do cumprimento da obrigação, atenderá aos critérios de

viabilidade da cobrança estabelecidos pelo Fisco, porém, não é solidária entre substituto e substituído a responsabilidade que se impõe, e o elemento circunstancial da imputação que se faz, é fator determinante na eleição daquele que figurará no pólo passivo da exação fiscal.

Assim, se se tem calcada a exigência, como no presente caso, na “*aquisição de mercadorias (gasolina) ... sem destaque do ICMS-ST ...*” (fls. 287), somente poderá prevalecer o crédito tributário contra o adquirente, vez que no contexto da irregularidade acometida, tendo por óbvio, apenas ele poderá praticá-la.

Urge que se exclua da exigência, portanto, o substituto tributário, que não empreendeu a conduta tipificada no AI – *adquirir mercadoria sem a retenção do ICMS devido por substituição tributária* -, embora tenha ele contribuído para prática descrita, com a sua omissão.”

“Propugnamos, deste modo, pela exclusão da empresa “*Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda*” do pólo passivo da exigência fiscal.

DO MÉRITO

A exigência fiscal encontra-se consubstanciada na constatação de que a Autuada adquiriu gasolina de distribuidora estabelecida em outra unidade da Federação, sem a retenção do ICMS devido por substituição tributária, no período de outubro de 1994 a dezembro de 1995; e, ainda, relativamente ao mesmo período, deixou de escriturar, no livro próprio, notas fiscais de aquisição de gasolina e álcool carburante.

A irregularidade indicada no item 2 do AI, *falta de escrituração, no livro próprio, de notas fiscais de aquisição de gasolina e álcool carburante*, teve reconhecida sua propriedade pela Autuada, que usufruindo dos benefícios advindos da Lei n.º 13.243/99, recolheu a parcela, com as reduções cabíveis, do crédito tributário correspondente, conforme comprova o DAE de fls. 318, e demais documentos de fls. 315/317, deixando, portanto, de ser ponto controverso na presente lide.

Antes de adentra-se, propriamente, ao exame do mérito da contenda, torna-se oportuno informar que as razões da Defesa sustentadas em inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, deixarão de ser objeto de apreciação por esta Auditoria Fiscal, por óbice imposto pelo art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Deveras, dúvidas não mais existem acerca da inserção do regime de substituição tributária progressiva do ICMS no ordenamento jurídico, as quais se viram definitivamente espancadas com o advento da Emenda Constitucional n.º 03/93, que expressamente prevê a possibilidade de ser atribuída a sujeito passivo de obrigação tributária, a responsabilidade pelo pagamento do imposto relativo ao fato gerador presumido que provavelmente ocorrerá.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por seu turno, o aludido regime nas operações com combustíveis - dentro do lapso temporal atingido pelo feito - é tratado na Seção XIV, do Capítulo XX, do RICMS/91, onde no art. 673, inciso IV, imputou-se a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, ao distribuidor estabelecido em outra unidade da Federação, nas remessas por ele promovidas de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a varejistas mineiros, entre outros.

Evidentemente, como já mencionado, não havendo a retenção do ICMS na operação anterior, a responsabilidade pelo pagamento da parcela do imposto devida ao Estado de Minas Gerais, persistirá ao estabelecimento varejista/ adquirente, por determinação do art. 44, § 1.º, do RICMS/91.

Quanto a alegação de que a remetente das mercadorias estaria sob ação fiscalizadora relativamente a mesma exigência, não assiste razões à Defesa, porquanto não se avista qualquer lançamento correspondente a idêntico fato gerador que o informado no presente trabalho fiscal, abrangente no mesmo decurso temporal, havendo, tão somente, a lavratura do "Termo de Início de Ação Fiscal - TIAF" (fls. 75), para a verificação do comportamento tributário daquele Contribuinte.

Vale ressaltar que na fase anterior à lavratura do AI, a Autuada contestou a regularidade o crédito tributário constituído, apresentando relação de documentos fiscais que já estariam integrando outros trabalhos levados a efeito pelo Fisco, com os lançamentos devidamente efetivados (fls. 21/74), e que também estariam compondo o Termo de Ocorrência de fls. 03, o que foi acatado, redundando nas reformulações do crédito tributário de fls. 95, 109 e 282.

No tocante a multa de revalidação cobrada em dobro, segundo a norma estatuída no art. 56, § 2.º, da Lei n.º 6.763/75, entendemos ser inaplicável a espécie porque a tipificação ali descrita não impende alcançar a Autuada.

Com efeito, a majoração da multa de revalidação só é cabível àquele que teve a obrigação de reter o ICMS devido por substituição tributária, ou, tendo promovida a retenção, não consumou o seu recolhimento ao sujeito ativo. No caso em questão, a obrigatoriedade de assim proceder era do remetente da mercadoria, ou seja, só a ele competia reter o ICMS devido por substituição tributária. À Autuada adquirente, restou a responsabilidade pelo recolhimento do imposto não retido e não recolhido, por força do Art. 44, § 1.º, do RICMS/91, não delimitando, portanto, a sujeição passiva engendrada no dispositivo legal que majora esta penalidade.

Propomos, então, a adequação dos valores referentes a multa de revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento)."

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, pela exclusão da Coobrigada do polo passivo da obrigação tributária, em virtude de eleição errônea. No mérito, também à unanimidade, em julgar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

parcialmente procedente a Impugnação nos termos do bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa e José Mussi Maruch.

Sala das Sessões, 27/06/00.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Lúcia Maria Martins Périssé
Relatora

CC/MIG