

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 14.205/01/2^a
Impugnação: 40.010103121-11
Impugnante: Lagoa Veículos Ltda
Coobrigados: Joaquim Nery - CPF - 071.166.916-34
Celio Pedrinho Fernandes - CPF - 023.363.161-53
Proc.do Suj. Passivo: Leonardo Guedes de Carvalho/Outros
PTA/AI: 01.000137407-23
Inscrição Estadual: 672.089851.00-75(Autuada)
Origem: AF/ Sete Lagoas
Rito: Ordinário

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COBRIGADO - ELEIÇÃO ERRÔNEA - SÓCIO/DIRETOR - Inclusão indevida dos Sócios/Diretores da Autuada na relação processual como coobrigados. O que se vê na legislação de regência é a responsabilidade subsidiária dos sócios. Somente após frustrada a cobrança do crédito tributário da Empresa Autuada é que se poderia exigi-lo dos sócios.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de aquisição de mercadorias cujo imposto respectivo, referente às operações da Autuada, foi retido por substituição tributária. Razões da defesa insuficientes para elidir o feito fiscal. Infração plenamente caracterizada. Exigências fiscais mantidas em relação à Autuada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de maio/2000 a outubro/2000, proveniente de aproveitamento indevido de créditos de ICMS a título de “outros créditos”, relativos a diferença entre a base de cálculo utilizada para retenção do ICMS por substituição tributária e o valor real das vendas dos veículos. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 32 a 54, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 65 a 67.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 70 a 74, opina pela procedência parcial do lançamento, para que os Coobrigados sejam excluídos do pólo passivo da obrigação tributária.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Inicialmente cumpre ressaltar que no Auto de Infração (fls. 02), foram arrolados como Coobrigados Joaquim Nery, um dos sócios atuais da empresa, e Célio Pedrinho Fernandes, ex-sócio da empresa ora Autuada, que entretanto, não foram intimados do Auto de Infração.

Verifica-se que nos autos não existem motivos ou justificativas para a inclusão dessas pessoas no Auto de Infração, na qualidade de responsáveis tributários solidários, levando-nos a crer que foram ali arrolados apenas para identificação dos “sócios” da empresa, e que por equívoco do Fisco foram denominados indevidamente como coobrigados.

Observa-se, ainda, que o ex-sócio desligou-se da sociedade em 13/08/93 (doc. fls. 30), portanto bem antes do período em que foram constatadas as infrações, e que dessa forma, não deveria figurar no Auto de Infração nem na qualidade de sócio.

Diante do exposto, propomos a exclusão dos Coobrigados do pólo passivo da obrigação tributária, por ausência de intimação específica e por falta de previsão legal para sua inclusão.

Salienta-se, porém, que não fica afastada a responsabilidade solidária, advinda da condição de “sócio” da empresa, prevista nos artigos 134, inciso VII e 135, inciso I, ambos do CTN.

Ainda em preliminar, com relação à alegada nulidade do Auto de Infração, “data venia”, tal conclusão baseia-se em premissa equivocada, pois o crédito tributário está perfeitamente constituído, havendo descrição clara do fato motivador da autuação fiscal e, ainda, citação correta dos dispositivos legais, não se justificando o pedido da Impugnante.

DO MÉRITO

O feito fiscal é decorrente da imputação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS a título de “outros créditos”, provenientes da diferença entre a base de cálculo utilizada para retenção do ICMS por substituição tributária e o valor real das vendas dos veículos, resultando em recolhimento a menor de ICMS no período de maio/2000 a outubro/2000, conforme apurado em Verificação Fiscal Analítica às fls. 08/09.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os valores dos créditos estornados foram extraídos do livro Registro de Apuração do ICMS da Autuada (fls. 11/28 dos autos), onde a Impugnante escriturou referidos valores no campo “Outros Créditos” do livro, com a seguinte discriminação: “Vr. ICMS Substituição Tributária Veículos Novos pago a maior conforme levantamento”.

Alega a Autuada que sendo o preço efetivo da operação inferior ao valor sobre o qual o tributo foi pago, teria direito à diferença, que deveria ser imediata e preferencialmente restituída, a teor do § 7º do art. 150 da Constituição Federal, e do art. 10 da Lei Complementar nº 87/96.

Entretanto, os dispositivos legais acima citados referem-se a restituição do imposto retido por substituição tributária em casos de não realização do fato gerador presumido.

No presente caso, todos os veículos foram vendidos, como afirma a própria Autuada, e portanto, o fato gerador presumido foi realizado. Se o valor da venda foi inferior àquele que serviu de base de cálculo para o pagamento do ICMS/ST, não cabe a restituição da diferença por absoluta falta de previsão legal.

Ao contrário, além da falta de previsão na Constituição Federal e na Lei Complementar, a restituição de parcela porventura recolhida a maior através do regime de substituição tributária é expressamente vedada pela legislação tributária estadual, conforme disposto no art. 34, inciso II do RICMS/96, vigente a partir de 04/03/1997, que preceitua:

“Art. 34 - O imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, ressalvado o disposto no artigo 28, **não ficando**, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:

I - o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;

II - **o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito** para compensação com débito por saída de outra mercadoria.” (gn)

Verifica-se que o referido dispositivo é bastante claro ao determinar que o imposto recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando o Estado sujeito à devolução de qualquer valor, nem sob a forma de aproveitamento de crédito, a não ser na hipótese de rescisão contratual.

Em se tratando de contribuinte do ICMS, a Autuada fica obrigada a cumprir todas as exigências previstas na legislação tributária, nos termos do art. 96, inciso XVII do RICMS/96, não ficando autorizada a adotar procedimento diverso daquele determinado no Regulamento do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim sendo, correto o estorno dos créditos indevidos e legítima a exigência do ICMS recolhido a menor no período, acrescido da respectiva multa de revalidação, conforme constantes do Auto de Infração.

A Impugnante diz que a não compensação dos créditos tem efeito de confisco, que é vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, inciso IV.

No entanto, tal entendimento não deve prevalecer pois a teoria do confisco diz respeito ao montante do tributo que ultrapassa a renda ou a propriedade da pessoa, caso que não restou caracterizado nos autos.

O art. 150, inciso IV da CF/88 dispõe que “*é vedado utilizar tributo com efeito de confisco*”.

Conforme nos ensina Sacha Calmom em seu livro Comentário à Constituição de 1988 - 3ª edição - Editora Forense - “*esta vedação é genérica. Fala-se em tributo*”, esclarecendo, ainda, que “*o princípio do não confisco tem sido utilizado também para fixar padrões ou patamares de tributação tidos por suportáveis*”.

Com relação aos argumentos de inconstitucionalidade do dispositivo do RICMS que impede o ressarcimento dos valores pagos a maior, e de ofensa aos princípios constitucionais da não-cumulatividade, da legalidade e do não-confisco, ressalte-se a limitação de competência do órgão julgador, estatuída no art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

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

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para excluir do pólo passivo das obrigações tributárias os Diretores apontados como “Coobrigados”, mantendo-se as demais exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal . Participaram do julgamento, além do signatário, as Conselheiras Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora), Glemer Cássia Viana Diniz Lobato e Maria de Lourdes Pereira de Almeida.

Sala das Sessões, 09/05/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente/Relator**

WLS/EJ/G