

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.353/20/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001219589-63
Impugnação: 40.010148285-11, 40.010148343-83 (Coob.)
Impugnante: Petrobras Distribuidora SA
IE: 067059023.00-25
Onduline do Brasil Ltda. (Coob.)
IE: 001023567.01-89
Proc. S. Passivo: Arethuzza Totti Silva Leonardo/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição da Coobrigada para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do disposto no art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 124, inciso II, do CTN, na medida em que recebeu a mercadoria com o pagamento do imposto indevidamente diferido, uma vez que as operações não estavam respaldadas pelos regimes especiais dos quais era beneficiária, concorrido, dessa forma, para a prática da infração.

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO – DESCUMPRIMENTO/INAPLICABILIDADE. Constatada a utilização indevida do diferimento do pagamento do ICMS nas operações de saídas de mercadorias, visto que o regime especial concedido à Coobrigada não contemplava as operações constantes das notas fiscais emitidas e, a partir de janeiro de 2015, a Autuada não era detentora de termo de adesão ao regime especial vigente. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de destaque da base de cálculo e do ICMS nas notas fiscais emitidas pela Autuada (Petrobras Distribuidora S/A) destinadas à Coobrigada (Onduline do Brasil Ltda), no período de 01/10/14 a 31/05/17, em virtude de aplicação indevida de diferimento do recolhimento do imposto.

Consta do relatório fiscal que a Autuada (Petrobras Distribuidora S/A) era aderente ao Regime Especial nº 16.000168378.07, concedido a Onduline do Brasil Ltda (I.E. 001.023567.00-06) desde janeiro de 2008, o qual previa o diferimento do pagamento do ICMS em relação à mercadoria betume de petróleo (cimento asfáltico), classificado na NCM/SH sob o nº 27132000.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relata a Fiscalização que o regime especial supracitado foi convertido, em 2014, para o RE 45.000002249-87 e, em 29/08/14, conforme protocolo nº 201.403.649.843-1 (sistema SIARE), foi alterado para incluir como exclusivo beneficiário o novo estabelecimento da Onduline do Brasil Ltda (I.E. 001.023567.01-89), ora Autuada, tendo em vista alteração contratual que o tornou único estabelecimento da empresa.

Explica a Fiscalização que esta alteração também albergou o diferimento apenas para operações de importação, não alcançando o cimento asfáltico fornecido pela Autuada Petrobras Distribuidora S/A.

Ressalta a Fiscalização que a ciência do beneficiário se deu (por meio do SIARE) em 29/09/14, data pela qual as alterações do regime especial passaram a ter validade.

Informa a Fiscalização que, em janeiro de 2015, foi concedido à “Onduline” novo Regime Especial de nº 45.000008231-04, franqueando o diferimento do pagamento do ICMS em relação às aquisições internas de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagens, de fabricantes ou centros de distribuição a estes vinculados, com destino a “Onduline”, desde que as mercadorias adquiridas sejam utilizadas exclusivamente na fabricação dos produtos relacionados em anexo único.

Salienta a Fiscalização que este regime, em tese, poderia albergar o diferimento do pagamento do ICMS em relação ao fornecimento de cimento asfáltico pela Petrobras Distribuidora S/A, a partir de sua vigência, entretanto, referida empresa não é detentora de termo de adesão ao RE devidamente homologado pela SEF/MG, conforme previsto no referido instrumento.

Diante do exposto, a Fiscalização considerou irregulares as operações de saídas de cimento asfáltico da Petrobras Distribuidora S/A, ora Autuada, com destino a Coobrigada Onduline do Brasil Ltda (IE 001.023567.01-89), no período de 01/10/14 a 31/05/17, em cujas notas fiscais não foi consignada a base de cálculo e o destaque de ICMS, sob entendimento errôneo de estarem albergadas pelo diferimento do pagamento do imposto conforme regimes especiais.

Além da empresa autuada Petrobras Distribuidora S/A (emitente dos documentos fiscais), foi incluída no polo passivo da obrigação tributária a empresa Onduline do Brasil Ltda (destinatária das mercadorias), como Coobrigada, segundo a Fiscalização, nos termos do disposto no art. 124, inciso I do CTN e art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Instruem os autos: Auto de Infração (fls. 02/06); Anexo 01: Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF (fls. 07/10); Anexo 02: 1 - Cópia do RE 16.000168378-07 original e Termo de Adesão, 2 - Cópia do Parecer de Alteração do RE 45.00002249-87, do Regime Especial Aprovado (retirada do benefício) e data da ciência e 3 - Cópia do parecer referente ao PTA 45.000008231-04 e do Regime Especial aprovado (fls. 11/37); Anexo 03: cópias dos DANFES por amostragem, relacionados no Quadro I (fls. 38/106); Anexo 04: Quadro I: Demonstrativo de Apuração de ICMS devido, multas de 22.353/20/2ª

revalidação e isolada, dos anos de 2014 a 2017, Quadros II a V: Demonstrativos do crédito tributário original do anos de 2014, 2015, 2016 e 2017 e Quadro VI: Demonstrativo do crédito tributário original dos anos de 2014 a 2017 (fls. 107/130).

Das Impugnações

Inconformada, a Autuada Petrobras Distribuidora S/A apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 139/157, aos seguintes argumentos:

- informa que por meio de sua filial, sediada em Betim, é fornecedora de cimento asfáltico à empresa Onduline do Brasil Ltda;

- acrescenta que em junho de 2017, a “Onduline” firmou o Regime Especial/PTA nº 16.000168378.07 com o Estado de MG, por meio do qual ficou autorizado o diferimento do pagamento do ICMS, incidente na aquisição de produto cimento asfáltico, para operações subsequentes praticadas pela empresa, desde que preenchidos os requisitos ali citados, dentre eles, que os fornecedores assinassem termo de adesão ao citado regime especial;

- relata que a BR Distribuidora S/A foi comunicada da existência do regime especial e firmou termo de adesão em dezembro de 2007, o qual foi homologado pelo Delegado Fiscal de Juiz de Fora em janeiro de 2008, conforme documentos encartados no próprio Auto de Infração;

- salienta que a solicitante e única beneficiária do regime especial foi a “Onduline”, que teve a possibilidade de pagar o ICMS apenas nas operações subsequentes, diferentemente dos seus concorrentes, que continuaram a ter o tributo retido antecipadamente;

- argumenta que, no regime especial, a BR Distribuidora S/A apenas foi chamada para permitir a parametrização do benefício fiscal gozado pela “Onduline”, dele não se beneficiando de forma alguma;

- discorre que, em setembro de 2014, a “Onduline” pediu a modificação do regime especial ao estado de Minas Gerais, sem notificar o fato à BR Distribuidora S/A;

- destaca que o estado de Minas Gerais deferiu um novo regime especial à solicitante (Regime Especial/PTA nº 45.000002249-87), e excluiu o diferimento do pagamento do ICMS para os produtos adquiridos da “BR”, sem, no entanto, comunicar esse fato à BR Distribuidora S/A;

- acrescenta que em janeiro de 2015, a “Onduline” pediu novamente a modificação do regime especial para, dentre outros, incluir o diferimento do pagamento do ICMS do produto adquirido da “BR”, condicionando-o à assinatura de um termo de adesão e, novamente, nada foi informado à BR Distribuidora S/A;

- observa que devido a essa falta de comunicação da revogação do regime especial anterior e da necessidade de aderir ao novo regime, tanto pelo beneficiário quanto pelo estado, a BR Distribuidora S/A continuou aplicando o diferimento do recolhimento do imposto nas operações por tanto tempo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- informa ter ficado surpresa com o recebimento do Auto de Infração em epígrafe, por meio do qual é cobrado dela, na qualidade de responsável solidária, aproximadamente R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) por não ter ela assinado um termo de adesão a regime especial do qual nunca teve notícia;

- assevera que ela está sendo autuada com base na solidariedade prevista em lei, em virtude do descumprimento por terceiro (Onduline do Brasil Ltda) do dever legal a ele imposto;

- sustenta que no Auto de Infração há menção expressa ao art. 124, inciso I, do CTN, assim, o estado de Minas Gerais cobra o tributo e as penalidades da BR Distribuidora S/A por entender ser ela pessoa que tem interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas ocorre que ela não foi avisada, seja pela “Onduline” ou pelo estado de Minas Gerais, da revogação do regime especial ou da necessidade de assinar novo termo de adesão ao novo regime especial do qual nunca teve ciência;

- entende, assim, que a manutenção da ausência da retenção e recolhimento do ICMS, mesmo após a revogação do regime especial anterior e da instituição do novo, foi feita de boa-fé pela BR Distribuidora S/A, pois imaginava plenamente em vigor o diferimento do pagamento acordado entre o estado e a “Onduline”;

- conclui que, tendo atuado de boa-fé, não pode ela ser responsabilizada pelo ato de outra pessoa;

- argui que o Superior Tribunal de Justiça - STJ tem reconhecido a boa-fé como um limite à responsabilização solidária prevista no art. 124, inciso I do CTN;

- suscita que o único particular responsável pelo descumprimento dos termos do regime especial é a “Onduline”, devendo ser afastada a responsabilidade da ora Impugnante;

- ressalta que não foi juntado aos autos qualquer documento comprovando que o Estado tomou o cuidado de intimar a BR Distribuidora S/A para assinar o termo de adesão, mesmo sabendo que ela já tinha assinado outro idêntico anteriormente, não podendo assim o Estado se valer de sua omissão para imputar à citada empresa uma infração tributária à Impugnante;

- relata que, atualmente, a Secretaria de Fazenda de Minas Gerais - SEFAZ/MG notifica todos os envolvidos, via SIARE, quando ocorrem alterações em regime especial, repetindo que o estado foi omissivo, ao não intimar a BR Distribuidora S/A para assinar novo termo de adesão, uma vez que tinha outro idêntico assinado anteriormente, não podendo, portanto, responsabilizá-la pela infração tributária;

- ressalta que a conduta do Estado se assemelha a de quem pretende se beneficiar da própria torpeza, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio;

- aduz que a responsabilidade da BR Distribuidora S/A, no caso, é subsidiária e não solidária, conforme art. 57, inciso I, do RICMS/02;

- defende a impossibilidade de cumulação das multas de revalidação e isolada e que elas caracterizam-se confiscatórias;

- aduz que a legislação mineira prevê o valor da operação como base de cálculo da multa isolada, o que faz com que o valor da multa isolada seja superior a obrigação principal, em afronta à razoabilidade e à proporcionalidade.

Por fim, requer seja a impugnação recebida de modo suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, inciso III do CTN). No mérito, a improcedência do lançamento e, por consequência, a anulação do Auto de Infração.

Eventualmente, requer o afastamento de parte das penalidades aplicadas, conforme os argumentos contidos na impugnação e requer a produção de prova documental suplementar.

Também, inconformada, a Coobrigada Onduline do Brasil Ltda apresenta, por meio de seu representante legal, Impugnação às fls. 208/214, alegando, em síntese:

- informa que é pessoa não vinculada à Petrobras Distribuidora S/A e, em uma simples operação de compra e venda, demandou à citada empresa para aquisição de cimento asfáltico, no período de 01/10/14 até 31/05/17;

- acrescenta que foi atuada, como Coobrigada, nos termos do disposto no art. 124, inciso I do CTN, sem ter ficado constatado nenhum indício de que houvesse interesse comum e/ou conluio entre as partes e sem indício de dolo por parte dela no sentido de que tivesse o intuito de sonegar o pagamento do ICMS;

-relata que simplesmente comprou produtos da Petrobras Distribuidora S/A, sendo uma adquirente de boa-fé;

- observa que tendo em vista a ausência de interesse comum, não pode ser compelida a pagar, solidariamente, supostas irregularidades praticadas pela Petrobras Distribuidora S/A, devendo ser afastada a sua responsabilidade solidária. Cita decisões jurisprudenciais às quais entende lhe socorrer;

- assevera não ter qualquer tipo de interesse em comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, repetindo que a única responsável pelo crédito tributário seria a Petrobras Distribuidora S/A;

- entende que não descumpriu nenhuma obrigação acessória ou emitiu documentação fiscal inidônea, cuja responsabilidade é da remetente, a quem cabia fazer a aferição correta de sua documentação fiscal e tributos incidentes.

Ao final, requer que a impugnação seja julgada procedente, cancelando-se a autuação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 368/382 refuta as alegações da Defesa, aos seguintes argumentos:

- traz esclarecimentos acerca do Regime Especial nº 16.00018378.07 e Termo de Adesão originais, concedidos desde 2007, cujas cópias encontram-se às fls. 13 e 18 dos autos;

- relata que numa simples verificada no cabeçalho do citado termo, constata-se que o regime especial, na sua forma original, foi concedido ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento da “Onduline” de inscrição estadual 001.023567.0006, cujo termo de adesão homologado se vinculou;

- salienta que, se a empresa quiser incluir um outro estabelecimento, deve requerer para que o benefício passe a valer para a nova inscrição estadual, sendo isso que a “Onduline” fez, solicitou a alteração para incluir a nova inscrição estadual, cuja aprovação deu-se no dia 29 de agosto de 2014, mas com efeitos a partir da ciência, que ocorreu com o acesso ao sistema SIARE em 29/09/14, conforme fls. 24 e 25 do presente PTA;

- conclui que, para esta nova inscrição estadual, para ter validade, também o Termo de Adesão de titularidade da Petrobras teria de ser alterado;

- destaca que a Petrobras Distribuidora S/A, na peça de defesa, frisou que a “Onduline” foi quem a chamou para aderir ao regime especial e teria de ser assim, pois é a detentora do regime especial quem escolhe os seus aderentes, pelo interesse em adquirir os produtos com o imposto diferido;

- observa que no tocante à alegação da Petrobras Distribuidora S/A de que nunca foi comunicada, tanto da alteração do RE 45.000002249-87 e nem do RE 45.00008231-04, diz ter razões para desacreditar estas afirmações, tendo em vista as provas constantes dos próprios autos, pois conforme tabela transcrita às fls. 373 (copiada do quadro I de fls. 108 dos autos), verifica-se que mesmo antes da “Onduline” ter a solicitação de oposição da nova inscrição estadual aprovada, que somente teve a ciência registrada no SIARE em 29/09/14 (fls. 25), a BR Distribuidora S/A já emitia documentos fiscais constando a nova inscrição estadual e mencionando novo RE da qual supostamente nunca teve notícia;

- informa que na mesma alteração do regime especial solicitada, foi retirado o tratamento especial de diferimento nas aquisições internas, fato que já obrigaria ao recolhimento do imposto devido na operação autuada;

- acrescenta que antes mesmo da “Onduline” tomar ciência da citada alteração, a BR Distribuidora S/A, mesmo afirmando que supostamente nunca teve notícias de alterações do novo RE, destacou o ICMS cumprindo suas obrigações normais, entre os dias 14 de agosto e 25 de setembro, conforme se verifica no Quadro I de fls. 110 e 111 (*notas fiscais, por amostragem, às fls. 44, 45 e 46, DANFEs 001.598.290, 001.602.422 e 001.620.708, respectivamente, nas quais não é citado qualquer regime especial*);

- relata que a partir de 01 de outubro de 2014, quando as alterações procedidas no regime especial (inclusão da nova inscrição estadual e cessação do benefício do diferimento de ICMS, nas operações internas, passaram a ter validade), a BR Distribuidora S/A voltou a não destacar o ICMS nas notas fiscais;

- salienta que um novo regime especial viria a ser concedido em 2015, o RE 45.00008231-04, desta vez prevendo o diferimento do pagamento do ICMS em relação às aquisições de cimento asfáltico, mas somente para o fabricante. E, tendo em vista que a Autuada BR Distribuidora S/A não é fabricante da mercadoria constante das notas fiscais, não poderia ela ser contemplada por este regime especial. Ainda assim, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Petrobras Distribuidora S/A continuou a citar nas notas fiscais o novo regime especial, não destacando o ICMS, conforme se constata às fls. 121 e 122 dos autos;

- destaca que no RE 45.000002249-87 sequer há menção de termo de adesão. E em relação ao RE 45.000008231-04, a Petrobras Distribuidora S/A jamais poderia ser aderente, porque não é fabricante dos produtos. Assevera que estas foram as justificativas para que a Delegacia Fiscal de Juiz de Fora indeferisse a adesão da Petrobras Distribuidora S/A (como aderente) nos dois regimes especiais, quando da solicitação pelo SIARE conforme despachos colacionados às fls. 375/376;

- entende pela violação do disposto no art. 16, incisos VIII e IX, da Lei nº 6.763/75;

- com esses argumentos, requer o afastamento das alegações defensórias de falta de comunicação das alterações dos regimes especiais e de boa-fé;

- no tocante à impugnação da Petrobras Distribuidora S/A, explica que ela não foi autuada como Coobrigada, pois no relatório fiscal fica claro que ela é o sujeito passivo. E o art. 124, inciso I, do CTN refere-se à inclusão no polo passivo da Coobrigada “Onduline” conforme fls. 02 dos autos;

- ressalta que não existiu a falta de comunicação de alteração ou concessão de novo regime especial. E nos autos estão as provas de que tanto a Petrobras Distribuidora S/A quanto à “Onduline” ficaram cientes das referidas modificações;

- argui que quem tinha de chamar a BR Distribuidora S/A para ser aderente era a “Onduline”, pois esta tinha interesse em adquirir produtos com o diferimento do pagamento do ICMS, sendo que o Estado apenas verifica as condições cadastrais da aderente e homologa o termo de adesão;

- destaca que a relação direta do Estado é com a detentora do regime especial, a qual foi comunicada acerca das alterações do regime especial, conforme art. 52-A do RPTA;

- explica que a Petrobras Distribuidora S/A é a titular da obrigação tributária principal, uma vez suprimido o diferimento do pagamento do ICMS em operações internas, conforme alteração do RE 45.000002249-87, e sendo a citada empresa remetente da mercadoria, deveria ela ter recolhido o imposto incidente na operação;

- salienta que a Impugnante afirmou que não se beneficiou do regime especial, o que não é verdade, pois ao deixar de lançar o ICMS na conta corrente fiscal, não houve desembolso de caixa, caracterizando assim um benefício financeiro;

- defende que o Estado foi tolhido de grandes recursos de impostos e que, conforme já falado, a Petrobras Distribuidora S/A sabia das alterações do regime especial e a falta de cumprimento da obrigação prevista do art. 16, inciso VIII, da Lei nº 6.763/75, não comunicando ao Fisco irregularidades que tomou conhecimento, afasta a sua afirmativa de boa-fé, sendo este fato a verdadeira torpeza, não aceito no ordenamento jurídico pátrio;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- quanto à citação do disposto no art. 57, inciso I, do RICMS/02, para registrar que a responsabilidade da Petrobras Distribuidora S/A é subsidiária e não solidária, argui que, no caso em tela, como houve a supressão do diferimento do pagamento do ICMS, a partir de 01/10/14, as obrigações de todos os participantes voltaram a ser normais, nascidas antes da vigência do termo de adesão;

- entende, assim, que o titular da obrigação principal é a BR Distribuidora S/A, esta deveria ter consignado a base de cálculo do ICMS nas notas fiscais emitidas, como vinha fazendo no período de 15 de agosto a 29 de setembro, conforme DANFES 001.598.290, 001.602.422 e 001.620.708 – fls. 44/46, nos quais sequer era citado regime especial;

- no tocante às alegações defensórias contrárias as multas aplicadas, diz que elas encontram-se perfeitamente adequadas, subsumidas às hipóteses legais prescritas na legislação, e não resta dúvida de que o legislador, ao regulamentá-las, no exercício da competência tributária do Estado, objetivou evitar prejuízos significativos ao Erário;

- sustenta que a Multa Isolada exigida está perfeitamente tipificada no art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, e o § 2º do referido artigo limita o seu valor em duas vezes o valor do imposto, o que foi observado no caso em análise;

- registra que a aplicação conjunta das penalidades de revalidação e isolada, está prevista na Lei nº 6.763/75 e baseada em fatos jurídicos distintos.

Quanto à impugnação da Impugnante Onduline do Brasil Ltda, destaca que:

- as alegações da Coobrigada resumem-se na afirmação da inexistência de interesse comum e na boa-fé ao realizar um simples ato de compra e venda, questões já abordadas e demonstradas preliminarmente;

- alega que não se pode dizer que ela não tinha interesse em comum nas operações, em razão da existência de um regime especial por ela solicitado;

- diz que o fato de ter benefício fiscal nas operações de compra e venda é relevante para a Coobrigada, pois poderia ela adquirir os produtos sem a incidência do ICMS. Tanto é que ela procurou a Petrobras Distribuidora S/A para ser aderente exclusiva do RE 16.000168378.07;

- argui que, por outro lado, a Petrobras Distribuidora S/A também tinha o seu benefício financeiro, uma vez que não havia o lançamento do ICMS na conta corrente fiscal, assim a empresa teria menos desembolso de caixa;

- relata que a “Onduline” também contribuiu muito para o ilícito tributário, pois ao ser comunicada da supressão do diferimento em 29/09/14, não comunicou ao Fisco as irregularidades, pelo contrário, ficou recebendo notas fiscais nas quais constavam claramente os regimes especiais, os quais não davam guarida para o diferimento do pagamento do imposto nas operações. Portanto, as alegações da Coobrigada não encontram nenhum fundamento na legislação tributária, não merecendo prosperar.

Requer, portanto, a procedência do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 387/410, opina, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de destaque da base de cálculo e do ICMS nas notas fiscais emitidas pela Autuada (Petrobras Distribuidora S/A) destinadas à Coobrigada (Onduline do Brasil Ltda), no período de 01/10/14 a 31/05/17, em virtude de aplicação indevida de diferimento do pagamento do imposto.

Além da empresa autuada Petrobras Distribuidora S/A (emitente dos documentos fiscais), foi incluída no polo passivo da obrigação tributária a empresa Onduline do Brasil Ltda (destinatária das mercadorias), como Coobrigada, segundo a Fiscalização, nos termos do disposto no art. 124, inciso I, do CTN e art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Constam dos autos às fls. 11/37: cópia do Regime Especial PTA nº 16.000168378-07 original e Termo de Adesão da Autuada; cópia do Parecer de Alteração do RE 45.00002249-87, do Regime Especial Aprovado (alteração do estabelecimento beneficiário/retirada do benefício em relação às aquisições em operações internas) e data da ciência deste e cópia do parecer referente ao PTA 45.000008231-04 e do Regime Especial/PTA nº 45.000008231-04 aprovado.

Verifica-se dos autos que foi concedido à Onduline do Brasil Ltda - I.E. 001.023567.0006 o Regime Especial/PTA nº 16.000168378-07 (cópia às fls. 13/18), o qual dispunha em seu art. 3º sobre o *“diferimento do pagamento do ICMS incidente na aquisição pela Onduline de mercadoria relacionada no Anexo II deste Regime, para as operações subsequentes por este praticadas, desde que utilizada, exclusivamente, na industrialização de seus produtos”*.

Dentre as mercadorias beneficiadas, encontrava-se a mercadoria objeto das notas fiscais autuadas (betume de petróleo “cimento asfáltico”).

Já o art. 4º do referido regime especial condicionava a eficácia do disposto no artigo retro à assinatura de termo de adesão pelo estabelecimento fornecedor, o qual deveria ser homologado pelo titular da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora.

A Autuada (Petrobras Distribuidora S/A) aderiu ao referido regime especial, nos termos do citado art. 4º, conforme Termo de Adesão de fls. 17/18 (datado de 18/01/08).

Como consta dos autos, o citado regime especial concedido à “Onduline” foi alterado para incluir como exclusivo beneficiário o estabelecimento dela de I.E.

001.023567.01-89 e também passou a albergar o diferimento do pagamento do imposto apenas para a importação direta do exterior das mercadorias (fls. 22), conforme documentos constantes do Anexo 2 (*Cópia do Parecer de Alteração do RE 45.00002249-87, do Regime Especial Aprovado - retirada do benefício - e data da ciência de fls. 19/25*). A data da ciência das modificações foi de 29/09/14 - fls. 25.

Em janeiro de 2015, foi concedido à “Onduline” novo Regime Especial de nº 45.000008231-04 (fls. 26/37), pelo qual foi concedido novamente o diferimento do pagamento de ICMS para a aquisição interna de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagens (art. 1º), limitadas às operações promovidas por estabelecimento industriais fabricantes ou centros de distribuição a estes vinculados e desde que as mercadorias adquiridas sejam utilizadas exclusivamente na fabricação dos produtos relacionados em anexo único.

No art. 3º do referido regime especial (fls. 31) também consta, como condicionante para a eficácia do diferimento retro, a assinatura de termo de adesão pelo estabelecimento fornecedor, o qual deveria ser homologado pelo titular da Delegacia Fiscal responsável pelo acompanhamento fiscal da “Onduline”.

Portanto, verifica-se que, o período autuado (01/10/14 a 31/05/17) encontra-se no lapso temporal para o qual não havia regime especial vigente prevendo o diferimento do pagamento do ICMS nas aquisições internas (previsão era somente em relação às importações de mercadorias), tampouco a Autuada Petrobras Distribuidora S/A aderiu ao Regime Especial de nº 45.000008231-04 (fls. 26/37), pelo qual foi concedido novamente, em janeiro de 2015, o diferimento do pagamento de ICMS para as aquisições internas, como destacado acima.

Ademais, destaca-se que o estabelecimento da Petrobras Distribuidora S/A, ora Autuado, também não se enquadrava como “*estabelecimento industriais fabricantes ou centros de distribuição a estes vinculados*” para fins de aderir ao último regime especial concedido e vigente a partir de janeiro de 2015, por isso teve seu pedido de adesão ao citado regime especial negado (despacho de fls. 376).

Dessa forma, restou caracterizada a utilização indevida do diferimento do pagamento do ICMS nas operações de saídas de mercadorias, visto que o regime especial concedido à Coobrigada não contemplava as operações constantes das notas fiscais emitidas e, a partir de janeiro de 2015, a Autuada não era sequer elegível para ser detentora de termo de adesão ao regime especial vigente.

No tocante à tese de defesa da Autuada de não ter sido comunicada acerca da revogação do regime especial anterior e da necessidade de aderir ao novo regime, tanto pelo beneficiário quanto pelo Estado, e por isso continuou aplicando o diferimento do pagamento do imposto nas operações por tanto tempo, a Fiscalização deixou claro nos autos que a Autuada tinha ciência das alterações procedidas. Confira-se:

“Entretanto, afirmou que nunca foi comunicada, tanto da alteração de RE 45.000002249-87 e nem do RE 45.00008231-04, conforme escrito no parágrafo 5º da folha 143: “Foi com enorme surpresa, portanto, que recebemos o auto de infração em referência, por meio do qual o Estado de MG cobra da BR Distribuidora, na qualidade

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de responsável solidária, aproximadamente 10 milhões de reais por não ter assinado um termo de adesão a regime especial do qual nunca teve notícia”.

Temos razões para desacreditar estas afirmações, com provas incrustadas no próprio auto, como a tabela abaixo, copiada do quadro I folha 108. Aqui verificamos que mesmo antes de ter a solicitação da nova inscrição aprovada, que somente teve a ciência registrada no SIARE em 29/09/2014(folha 25), a BR distribuidora já emitia documentos fiscais com a nova inscrição e novo RE da qual supostamente nunca teve notícia.

000009003	21/06/2014	5102	ONDULINE DO BRASIL LTDA	0010235670006	RE 16.000168378-07
001547627	23/06/2014	5102	ONDULINE DO BRASIL LTDA	0010235670006	RE 16.000168378-07
001550647	26/06/2014	5102	ONDULINE DO BRASIL LTDA	0010235670006	RE 16.000168378-07
Subtotal do mês de junho					
001555120	02/07/2014	5102	ONDULINE DO BRASIL LTDA	0010235670189	RE 45.000002249-87
001555121	02/07/2014	5102	ONDULINE DO BRASIL LTDA	0010235670189	RE 45.000002249-87
001556027	03/07/2014	5102	ONDULINE DO BRASIL LTDA	0010235670189	RE 45.000002249-87
001556357	04/07/2014	5102	ONDULINE DO BRASIL LTDA	0010235670189	RE 45.000002249-87

Na mesma alteração solicitada, foi retirado o tratamento especial de diferimento nas aquisições internas, fato que obrigaria ao recolhimento do imposto devido na operação.

Ocorre que antes mesmo da Onduline tomar ciência desta alteração, a BR Distribuidora, mesmo afirmando que supostamente nunca teve notícias de alterações do novo RE, destacou o ICMS cumprindo as suas obrigações normais, entre os dias 14 de agosto e 25 de setembro, conforme podemos verificar no Quadro I páginas 110 e 111. As notas fiscais, por amostragens, espelhando esta situação, podem ser vistas nas folhas 44, 45 e 46, danfe's 001.598.290, 001.602.422 e 001.620.708, respectivamente. Nelas, vemos que nem mesmo é citado qualquer regime especial. (Relação de notas fiscais às fls. 374).

(...)

A partir de 01 de outubro de 2014, quando as alterações no regime, inclusão da nova inscrição e cessação do benefício do diferimento de ICMS passariam a ter validade, a BR voltou a não destacar o ICMS.

Ainda não é só, um novo regime viria a ser concedido em 2015, o RE 45.00008231-04, totalmente diferente do outro, desta vez prevendo o diferimento do Cimento Asfáltico, mas somente para fabricante, a BR não poderia ser contemplada por este Regime Especial. Mesmo assim, a Petrobrás continuou a citar o novo Regime e não destacando o ICMS, conforme se vê das folhas 121 e 122 dos autos.

(...) (Grifou-se).

Constata-se, pois, que a tese de defesa da Autuada acerca do desconhecimento da alteração do Regime Especial/PTA nº 16.000168378-07, ao qual

aderiu, restou superada, na medida em que os apontamentos trazidos pela Fiscalização, acima reproduzidos, deixam claro que a referida empresa, ao contrário do que sustenta ao longo de sua impugnação, teve ciência da alteração do regime especial, tendo, inclusive, constado nos documentos fiscais emitidos, a partir de julho de 2014, numeração do regime concedido à Coobrigada em razão das alterações mencionadas (RE 45.000002249-87 – fls. 108/121).

Lado outro, consta do referido Termo de Adesão concedido à Autuada (fls. 17/18), Cláusula primeira - inciso I, que a Aderente, por meio de tal instrumento, reconhece todos os termos e condições que tratam o diferimento do ICMS e se obriga ao cumprimento das obrigações previstas no regime.

E, ainda, consta do § 2º do art. 4º do então Regime Especial nº 16.000168378.07, ao qual a Autuada aderiu (fls. 14) que o Termo de Adesão deverá conter cláusula de expressa de conhecimento e concordância com a sistemática operacional prevista no Regime Especial:

Art. 4º A eficácia do diferimento de que trata este artigo anterior está condicionada à assinatura de Termo de Adesão pelo estabelecimento fornecedor, conforme modelo anexo, e homologação pelo titular da DF de Juiz de Fora.

§ 1º O Termo de Adesão será parte integrante deste Regime Especial e necessariamente juntado ao PTA.

§ 2º O Termo de Adesão deverá conter cláusula expressa de conhecimento e concordância com a sistemática operacional prevista neste Regime Especial.

§ 3º A DF de Juiz de Fora deverá encaminhar à DF a que estiver circunscrito o estabelecimento fornecedor aderente cópias reprográficas do Regime Especial e do Termo de Adesão devidamente homologado. (Grifos acrescidos).

Dessa forma, não procede os argumentos defensórios da Autuada de desconhecimento dos termos contidos no referido RET.

Assim, não elide a acusação fiscal a alegação a Autuada de que não tenha tomado ciência das modificações ocorridas e relação ao regime especial ao qual aderiu, uma vez que ela teve ciência da alteração do regime especial anterior, conforme citação nos documentos fiscais da numeração do novo regime especial, mas continuou a usufruir do status de aderente ao regime especial anterior.

A adesão do fornecedor ao regime especial implica seu conhecimento e anuência ao regime diferenciado, bem como das suas alterações posteriores, às quais deverão ser comunicadas ao Aderente pela beneficiária do RET, ora Coobrigada.

Portanto, a concessão do Termo de Adesão ao RET pelo Delegado Fiscal não elide a obrigação da Aderente e da beneficiária dele da observância às condicionantes para fruição do diferimento do imposto, devendo ambas responderem pelo ICMS indevidamente diferido e acréscimos legais.

Vale dizer que a homologação do Termo de Adesão, que conseqüentemente integrará os autos do RET, também requisito para fruição do diferimento do pagamento do imposto, é um facilitador do controle fiscal sobre as operações, todavia, não afasta o cumprimento dos demais requisitos previstos para a sua aplicação, especialmente quanto as alterações promovidas no regime especial inicial (alteração do estabelecimento beneficiário e supressão do benefício para as aquisições internas).

Pela relevância, vale destacar que o caso em exame não se trata de mero descumprimento dever instrumental, mas sim, de obrigação imprescindível para a fruição do benefício.

Também não socorre à Coobrigada Onduline do Brasil Ltda (beneficiária dos regimes especiais) sua tese de ilegitimidade passiva.

De acordo com o disposto no art. 58 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), o beneficiário do regime especial fica obrigado ao cumprimento das disposições nele previstas durante o período de sua vigência, podendo a ele renunciar mediante prévia comunicação à autoridade fiscal concedente:

Art. 58. O beneficiário do regime especial fica obrigado ao cumprimento das disposições nele previstas durante o período de sua vigência, podendo a ele renunciar mediante prévia comunicação à autoridade fiscal concedente.

(...) (Grifou-se).

Pois bem, depreende-se dos autos, que no período autuado, o regime especial concedido à Coobrigada não autorizava o diferimento do pagamento do ICMS incidente nas aquisições internas e, a partir de janeiro de 2015, a Petrobras Distribuidora S/A não era aderente do novo regime a ela concedido, e a Coobrigada (beneficiária dos regimes especiais) deveria ter comunicado ao seu fornecedor que este não poderia mais destinar-lhe mercadorias com o diferimento do pagamento do imposto.

E, diferente do entendimento da Coobrigada, de acordo com o disposto no art. 58 do RPTA, já transcrito e reproduzido nos regimes especiais – art. 14 e 31 dos regimes especiais (fls. 15, 24 e 36), o beneficiário do regime especial fica obrigado ao cumprimento das disposições nele previstas durante o período de sua vigência, podendo a ele renunciar mediante prévia comunicação à autoridade fiscal concedente.

Portanto, estava a Coobrigada obrigada à verificação do cumprimento dos requisitos para fruição do diferimento do pagamento do imposto e, conseqüentemente, de informar à Aderente (ora Autuada) a alteração dos requisitos para a citada fruição.

Assim, como no período autuado as operações autuadas não estavam contempladas por regime especial concessor do benefício do diferimento do pagamento do imposto, as operações de saída mercadorias da Autuada com destino à Coobrigada não se encontram ao abrigo do diferimento, devendo, portanto, ser o ICMS devidamente recolhido nos prazos estabelecidos pelo art. 89, inciso IV e 89-A do RICMS/02:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

(...)

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido.

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se também, no que couber, à prestação onerosa de serviço de comunicação e à prestação de serviço de transporte.

Art. 89-A. Fica vedada a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido, exceto nas hipóteses do Anexo VIII deste Regulamento.

E a Autuada, emitente dos documentos fiscais, tendo em vista que sequer havia previsão do diferimento do pagamento do imposto para as operações autuadas, no período autuado, responde pelo crédito tributário na condição de contribuinte do imposto por ela devido, não havendo de se falar em responsabilidade subsidiária, como consignado pela Fiscalização:

(...)

A impugnante citou o art. 57, inciso I do RICMS/MG para afirmar que sua responsabilidade é subsidiária e não solidária, transcritos abaixo:

Art. 57. Respondem subsidiariamente pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

I - na hipótese de diferimento do imposto, o alienante ou o remetente da mercadoria ou o prestador do serviço, quando o adquirente ou o destinatário descumprirem, 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 sem acréscimos ou penalidades;

O que também não é verdade, no caso em tela, como houve a supressão do diferimento, a partir de 01/10/2014, as obrigações de todos os participantes voltaram a ser normais, nascidas antes da vigência do Termo de Adesão. Assim, o titular da obrigação principal é a BR Distribuidora, e deveria ter consignado a base de cálculo do ICMS, como vinha fazendo, de 15 de agosto a 29 de setembro, (ver danfe's 001.598.290, 001.602,422 e 001.620.708, folhas 44, 45 e 46) no caso em tela, nem sequer citava o Regime Especial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, como esclarece a Fiscalização, a capitulação legal de inclusão no polo passivo da obrigação tributária nos termos do disposto no art. 124, inciso I, do CTN e art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, refere-se à Coobrigada e não à Autuada.

A Adquirente (ora Coobrigada), por sua vez, responde também pelo crédito tributário, na medida em que recebeu a mercadoria com imposto indevidamente diferido, tendo descumprido as exigências do Regime Especial do qual é beneficiária e concorrido para a prática da infração, conforme previsão contida no inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes. (Grifou-se).

Verifica-se, ao contrário do entendimento externado pela Coobrigada, há previsão na Lei nº 6.763/75 para a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária. Ademais, prevê o art. 207 da Lei nº 6.763/75:

Art. 207. Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração:

1. conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

(...)

§ 2º Salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infração independente da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato. (Grifou-se).

Corroborando o entendimento, ora estornado, acerca da responsabilidade solidária da Coobrigada, com fulcro no inciso XII do art. 21 da lei mineira, várias decisões do E. TJMG, dentre as quais se destacam as seguintes:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. IMPORTAÇÃO INDIRETA. ESTABELECIMENTO SITUADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. DESTINATÁRIO FINAL. ESTABELECIMENTO MINEIRO. COOBIGADO. RESPONSABILIDADE. I - NA HIPÓTESE DE IMPORTAÇÃO, O ICMS É DEVIDO AO ESTADO-MEMBRO ONDE ESTIVER SITUADO O DOMICÍLIO OU O ESTABELECIMENTO DO DESTINATÁRIO DA MERCADORIA, SENDO CERTO QUE POR 'ESTABELECIMENTO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DESTINATÁRIO' DEVE-SE ENTENDER AQUELE QUE, EFETIVAMENTE, RECEBERÁ A MERCADORIA, CONFORME PREVISÃO DO ART. 155, II, §2º, IX, 'A' DA CF/88; ART. 11 DA LC Nº 87/96 E ART. 33, §1º, 1, I.1 E I.1.3, DA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75. II - COMPROVADA A PARTICIPAÇÃO DA HUAWEI DO BRASIL NA IMPORTAÇÃO INDIRETA, CORRETA A SUA AUTUAÇÃO COMO COBRIGADA SOLIDÁRIA PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO, NOS TERMOS DOS ARTS. 124 DO CTN E 21, INCISO XII, DA LEI Nº 6.763/75.

(...)

POR FIM, VEJO POR BEM CONSIGNAR QUE VISLUMBRO CORRETA A AUTUAÇÃO DA HUAWEI TELECOMUNICAÇÕES COMO COBRIGADA SOLIDÁRIA PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO, NOS TERMOS DOS ARTS. 124 DO CTN E 21, INCISO XII, DA LEI Nº 6.763/75, OS QUAIS DISPÕEM, RESPECTIVAMENTE:

"ART. 124. SÃO SOLIDARIAMENTE OBRIGADAS:

I - AS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL;

II - AS PESSOAS EXPRESSAMENTE DESIGNADAS POR LEI.

PARÁGRAFO ÚNICO. A RESPONSABILIDADE REFERIDA NESTE ARTIGO NÃO COMPORTA BENEFÍCIO DE ORDEM".

"ART. 21. SÃO SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS PELA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA:

(...)

XII - QUALQUER PESSOA PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO E ACRÉSCIMOS LEGAIS DEVIDOS POR CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL, QUANDO OS ATOS OU AS OMISSÕES DAQUELA CONCORREREM PARA O NÃO-RECOLHIMENTO DO TRIBUTO POR ESTES".

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 124, INCISO II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, C/C O ART. 21, II, ALÍNEA D E XII, DA LEI ESTADUAL Nº. 6.763/75. 1. NA DICÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, DOIS SÃO OS TIPOS DE SOLIDARIEDADE NA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: A PRIMEIRA, DAS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR; E A SEGUNDA, NOS CASOS DEFINIDOS EM LEI, TAL COMO O FEZ O LEGISLADOR MINEIRO, EX VI DO ART. 21, II, D E XII, DA LEI Nº. 6.763/75. 2. RECURSO PROVIDO PARA INCLUIR O COBRIGADO NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL.

AGRAVO Nº 1.0443.04.015576-6/001 - COMARCA DE NANUQUE - AGRAVANTE(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - AGRAVADO(A)(S): DROGARIA HELIOFARMA LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. MAURO SOARES DE FREITAS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN), AO TRATAR DA SOLIDARIEDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DISPÕE QUE:

"ART. 124. SÃO SOLIDARIAMENTE OBRIGADAS:

- I - AS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL;
- II - AS PESSOAS EXPRESSAMENTE DESIGNADAS POR LEI.

PARÁGRAFO ÚNICO. A RESPONSABILIDADE REFERIDA NESTE ARTIGO NÃO COMPORTA BENEFÍCIO DE ORDEM".

É SABIDO QUE A SOLIDARIEDADE ENCONTRA-SE REGULADA NO NOVO CÓDIGO CIVIL, CUJO ART. 264 DISPÕE, IN VERBIS: "HÁ SOLIDARIEDADE, QUANDO NA MESMA OBRIGAÇÃO CONCORRE MAIS DE UM CREDOR, OU MAIS, DE UM DEVEDOR, CADA UM COM DIREITO, OU OBRIGADO, À DÍVIDA TODA".

PARA O CTN, TODAVIA, INTERESSA A SOLIDARIEDADE PASSIVA, REVELANDO-SE QUE OS DOIS OU MAIS DEVEDORES DO TRIBUTO OU PENALIDADE PECUNIÁRIA ESTÃO OBRIGADOS, INDIVIDUALMENTE, PELO VALOR TOTAL DA DÍVIDA. ASSIM, PODE O FISCO EXIGIR O DÉBITO, INTEGRALMENTE, DE QUALQUER DOS OBRIGADOS, NÃO SENDO PERMITINDO A ELES SEQUER A INVOCAÇÃO DO BENEFÍCIO DE ORDEM, OU SEJA, NÃO PODEM REQUERER QUE HAJA, INICIALMENTE, A EXECUÇÃO DOS BENS DO DEVEDOR PRINCIPAL (CASO EXISTENTE), POIS O PARÁGRAFO ÚNICO VEDA EXPRESSAMENTE A APLICAÇÃO DE TAL INSTITUTO, PREVISTO NO ART. 827, DO CÓDIGO CIVIL1.

DESTA FEITA, DOIS SÃO OS TIPOS DE SOLIDARIEDADE NA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: A PRIMEIRA, DAS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR; E, A SEGUNDA, NOS CASOS DEFINIDOS EM LEI, HIPÓTESE QUE NÃO COMPORTA MAIORES DÚVIDAS, CABENDO AO LEGISLADOR INDICAR PESSOAS QUE SEJAM SOLIDÁRIAS COM O PAGAMENTO DA DÍVIDA. FOI EXATAMENTE O QUE, NESTE PARTICULAR, O LEGISLADOR MINEIRO, EX VI DA LEI Nº. 6.763/75, RESTANDO ASSIM VAZADO O ART. 21, VERBIS:

"ART. 21. SÃO SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS PELA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA:

(OMISSIS)

II - OS TRANSPORTADORES:

(OMISSIS)

D) EM RELAÇÃO À MERCADORIA TRANSPORTADA COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL FALSA, IDEOLOGICAMENTE FALSA OU INIDÔNEA;

(OMISSIS)

XII - QUALQUER PESSOA PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO E ACRÉSCIMOS LEGAIS DEVIDOS POR CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL, QUANDO OS ATOS OU AS OMISSÕES DAQUELA CONCORREREM PARA O NÃO-RECOLHIMENTO DO TRIBUTO POR ESTES".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COM EFEITO, NA HIPÓTESE VERTENTE, LÊ-SE NA CDA REPRODUZIDA ÀS F. 11-TJ QUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFERE-SE:

"[...] A COBRANÇA DE ICMS E MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, APURADOS ANTES A CONSTATAÇÃO DO TRANSPORTE E ENTREGA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, REALIZADOS EM SETEMBRO DE 2003, VISTO QUE AS NOTAS FISCAIS APRESENTADAS FORAM DESCLASSIFICADAS PELO FISCO, POR SEREM INIDÔNEAS, JÁ QUE EMITIDAS POR CONTRIBUINTE - JOSÉ ZOPELARI - QUE ENCERROU IRREGULARMENTE SUAS ATIVIDADES, ALÉM DE PARTE DA MERCADORIA, DESCRITA NUMA NOTA FISCAL, NÃO SE ENCONTRAR NO VEÍCULO TRANSPORTADOR".

REVELA-SE, DESTARTE, DESACERTADA A DECISÃO AGRAVADA, VEZ QUE PROFERIDA EM DESACORDO COM O ART. 124, II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, C/C O ART. 21, INCISOS II (ALÍNEA D) E XII, DA LEI ESTADUAL Nº. 6.763/75. (GRIFOU-SE).

Resta claro que a empresa beneficiária do regime especial (ora Coobrigada), com plena ciência dos requisitos legais exigidos para a consolidação do benefício do diferimento nas suas operações de aquisição interna de matéria-prima, era totalmente capaz de identificar a irregularidade tributária.

De acordo com o art. 58 do RPTA, repita-se, o beneficiário do regime especial fica obrigado ao cumprimento das disposições nele previstas durante o período de sua vigência, podendo a ele renunciar mediante prévia comunicação à autoridade fiscal concedente.

Ressalta-se, mais uma vez, pela importância, que as condições impostas em regime especial não são formalidades que ficam em segundo plano, como parecem entender as Impugnantes. Elas são imprescindíveis, pois, caso não sejam atendidas, o benefício não pode ser aplicado, não cabendo aqui qualquer análise em relação às argumentações da Defesa quanto à boa-fé das envolvidas, porque as situações que impedem a utilização do diferimento do pagamento do imposto, no caso, eram de conhecimento das empresas autuadas.

Destaca-se que o fato de a capitulação legal utilizada pela Fiscalização para incluir a Coobrigada no polo passivo como responsável solidária (art. 124, inciso I, do CTN e art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75) seja, em parte, diversa dos dispositivos legais adotados neste parecer, incisos II do art. 124 do CTN e XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, deve prevalecer o conteúdo do Auto de Infração em detrimento da sua forma, desde que os autuados demonstrem conhecimento da acusação e não haja prejuízo para a defesa, como no caso em exame.

Ademais, acresça-se o entendimento de que os Autuados defendem dos fatos narrados no Auto de Infração e não da capitulação legal, há vasta jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como de Conselhos de Contribuintes de outros estados e do estado de Minas Gerais, conforme os seguintes excertos de decisões:

EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA. OMISSÃO DE REQUISITO. 1. PERFAZENDO-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SE O ATO NA INTEGRAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS RECLAMADOS PARA A VALIDADE DA CERTIDÃO, HÁ QUE ATENTAR-SE PARA A SUBSTÂNCIA E NÃO PARA OS DEFEITOS FORMAIS QUE NÃO COMPROMETEM O ESSENCIAL DO DOCUMENTO TRIBUTÁRIO. [...] INEXISTIU PREJUÍZO PARA A DEFESA, QUE SE EXERCITOU PLENAMENTE. AGRAVO REGIMENTAL DENEGADO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AI 81681 AGR/MG. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO RELATOR: MIN. RAFAEL MAYER JULGAMENTO: 24/02/1981. (GRIFOU-SE)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ERRÔNEA CAPITULAÇÃO NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SE O EXECUTADO EXERCEU PLENAMENTE SUA DEFESA. 1. TENDO O EXECUTADO DIRIGIDO SUA DEFESA CONTRA OS FATOS QUE ORIGINARAM A AUTUAÇÃO FISCAL, NÃO INVALIDA A CDA A CIRCUNSTÂNCIA DA INFRAÇÃO HAVER SIDO CAPITULADA ERRONEAMENTE, EXERCÍDOS QUE FORAM A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO. (TRF4 - TERCEIRA TURMA APELAÇÃO CÍVEL: AC 12708 SC 95.04.12708-8, RELATOR: PAULO AFONSO BRUM VAZ, DATA DE JULGAMENTO: 11/02/1999, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJ 24/03/1999 PÁGINA: 710).

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRAZO PARA PAGAMENTO DE SALÁRIOS. 1. A ERRÔNEA CAPITULAÇÃO NÃO INUTILIZA O AUTO DE INFRAÇÃO QUANDO OS FATOS ESTIVEREM DEVIDAMENTE NARRADOS, DE VEZ QUE O AUTUADO SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA AUTUAÇÃO. (APELAÇÃO CÍVEL PROCESSO: 9304456339. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - QUARTA REGIÃO. QUINTA TURMA DATA DA DECISÃO: 14/12/1995. RELATOR(A): JÚZIZA LUÍZA DIAS CASSALES. DECISÃO: UNÂNIME.) (GRIFOU-SE)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - A MENCÃO INCORRETA NA CAPITULAÇÃO LEGAL DA INFRAÇÃO OU MESMO A SUA AUSÊNCIA, NÃO ACARRETA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, QUANDO A DESCRIÇÃO DOS FATOS DAS INFRAÇÕES NELE CONTIDA É EXATA, POSSIBILITANDO AO SUJEITO PASSIVO DEFENDER-SE DE FORMA AMPLA DAS IMPUTAÇÕES QUE LHE FORAM FEITAS. (PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. NÚMERO DO RECURSO: 121753. CÂMARA: OITAVA CÂMARA. NÚMERO DO PROCESSO: 10480.010570/97-11. DATA DA SESSÃO: 14/09/2000 (GRIFOU-SE)

ACÓRDÃO: 3.834/12/CE RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000168456-15

RECURSO DE REVISÃO: 40.060130485-24,
40.060130486-05 (COOB.)

RECORRENTE: UNICAPA - UNIÃO DOS APLICADORES DE PAVIMENTO ASFÁLTICO LTDA

IE: 001374817.01-22

SONEL ENGENHARIA S/A (COOB.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IE: 062756951.00-53

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

PROC. S. PASSIVO: MARCELO BRAGA RIOS/OUTRO(S)(AUT. E COOB.)

ORIGEM: DF/BETIM

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ICMS/ISSQN – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA

– CBUQ (MASSA ASFÁLTICA). CONSTATOU-SE FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS REFERENTE A OPERAÇÕES DE VENDA DE CONCRETO BETUMINOSO USINADO A QUENTE –CBUQ - (MASSA ASFÁLTICA) DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL HÁBIL, UMA VEZ QUE A EMPRESA FORNECEDORA DA MERCADORIA UTILIZOU NOTA FISCAL DE SERVIÇO NAS SAÍDAS DE TAL PRODUTO, CONTRARIANDO A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DO ICMS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA HAJA VISTA QUE A UNICAPA NÃO REALIZOU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE APLICAÇÃO DE MASSA ASFÁLTICA, BEM COMO A ATIVIDADE POR ELA DESENVOLVIDA NÃO SE SUBSUME À HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA PREVISTA NA LC Nº 87/96 (ART. 3º, INCISO V) E NA LEI Nº 6.763/75 (ART. 7º, INCISO XXIV). CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75 E MULTA ISOLADA CAPITULADA NA ALÍNEA “A” DO INCISO II DO ART. 55 DA MESMA LEI. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS DE REVISÃO NºS 40.060130485-24 E 40.060130486-05 CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

(...)

AINDA QUE A CAPITULAÇÃO LEGAL UTILIZADA PELA FISCALIZAÇÃO PARA INCLUIR A COOBRIGADA NO POLO PASSIVO COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA SEJA, EM PARTE, DIVERSA DOS DISPOSITIVOS ADOTADOS NESTA DECISÃO, INCISOS VII E XII, ART. 21, DA LEI Nº 6.763/75, DEVE PREVALECER O CONTEÚDO DO AUTO DE INFRAÇÃO EM DETRIMENTO DA SUA FORMA, DESDE QUE OS AUTUADOS DEMONSTREM CONHECIMENTO DA ACUSAÇÃO E NÃO HAJA PREJÚIZO PARA A DEFESA.

ADEMAIS, NA LINHA DO ENTENDIMENTO QUE A AUTUADA SE DEFENDE DOS FATOS NARRADOS NO AUTO DE INFRAÇÃO E NÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL, HÁ VASTA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, BEM COMO DE CONSELHOS DE CONTRIBUINTES DE OUTROS ESTADOS, CONFORME OS SEGUINTE EXCERTOS DE DECISÕES:

(...)

ACÓRDÃO: 23.245/19/3ª RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.001178929-37

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPUGNAÇÃO: 40.010147380-15, 40.010147568-11 (COOB.)

IMPUGNANTE: FARMACONN LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

IE: 062113047.00-07

SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE BELO HORIZONTE (COOB.)

IE: 062856647.00-86

PROC. S. PASSIVO: GUSTAVO FALCÃO RIBEIRO
FERREIRA/OUTRO(S), MARCO ANTÔNIO CINTRA
GOUVEIA/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/BH-4 - BELO HORIZONTE

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. NO CASO DOS AUTOS, NÃO SE ENCONTRA DECAÍDO O DIREITO DE A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE FORMALIZAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXIGIDO, TENDO EM VISTA A CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL NOS TERMOS DO DISPOSTO NO INCISO I, DO ART. 173 DO CTN, UMA VEZ QUE A ACUSAÇÃO FISCAL CUIDA DA FALTA DE DESTAQUE E DE RECOLHIMENTO DE ICMS REFERENTE ÀS OPERAÇÕES AUTUADAS.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. RESTOU COMPROVADO NOS AUTOS QUE OS ATOS E OMISSÕES DA EMPRESA COOBRIGADA CONCORRERAM PARA O NÃO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO E ACRÉSCIMOS LEGAIS DEVIDOS PELA CONTRIBUINTE. LEGÍTIMAS, PORTANTO, A SUA MANUTENÇÃO NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, EM FACE DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 124, INCISO II, DO CTN C/C ART. 21, INCISO XII, DA LEI Nº 6.763/75.

NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO. CONSTATADA A FALTA DE DESTAQUE NAS NOTAS FISCAIS E DO RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO PELA AUTUADA (CONTRIBUINTE DE DIREITO), EM RELAÇÃO ÀS REMESSAS DE MERCADORIAS PARA A COOBRIGADA (SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE BELO HORIZONTE, CONTRIBUINTE DE FATO), TENDO EM VISTA A DESCARACTERIZAÇÃO DA NÃO-INCIDÊNCIA (IMUNIDADE TRIBUTÁRIA), PREVISTA NA ALÍNEA “C” DO INCISO VI DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INFRAÇÃO CARACTERIZADA, UMA VEZ QUE “A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RETRO APLICA-SE A SEUS BENEFICIÁRIOS NA POSIÇÃO DE CONTRIBUINTE DE DIREITO, MAS NÃO NA DE SIMPLES CONTRIBUINTE DE FATO”, CONFORME DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75.

DECADÊNCIA NÃO RECONHECIDA. DECISÃO UNÂNIME.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

(...)

AINDA QUE A CAPITULAÇÃO LEGAL UTILIZADA PELA FISCALIZAÇÃO PARA INCLUIR A COBRIGADA NO POLO PASSIVO COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA (ART. 124, INCISO I, DO CTN) SEJA DIVERSA DOS DISPOSITIVOS AQUI ADOTADOS, INCISOS II DO ART. 124 DO CTN E XII DO ART. 21 DA LEI Nº 6.763/75, DEVE PREVALECER O CONTEÚDO DO AUTO DE INFRAÇÃO EM DETRIMENTO DA SUA FORMA, DESDE QUE OS AUTUADOS DEMONSTREM CONHECIMENTO DA ACUSAÇÃO E NÃO HAJA PREJUÍZO PARA A DEFESA, COMO NO CASO EM EXAME.

ADEMAIS, ACRESÇA-SE O ENTENDIMENTO DE QUE OS AUTUADOS DEFENDEM DOS FATOS NARRADOS NO AUTO DE INFRAÇÃO E NÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL, HÁ VASTA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, BEM COMO DE CONSELHOS DE CONTRIBUINTES DE OUTROS ESTADOS E DO ESTADO DE MINAS GERAIS, CONFORME OS SEGUINTE EXCERTOS DE DECISÕES:

(...)

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Defesa, que aduz não haver amparo legal para coexistência das duas penalidades exigidas de maneira cumulativa.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do não recolhimento de ICMS. Já a multa capitulada no art. 55, inciso XXXVII, da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória e não ultrapassa o limite máximo de duas vezes o valor do imposto incidente conforme determina o inciso I do § 2º do citado art. 55.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE -

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003
COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR) (GRIFOU-SE)

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado, a qual encontra-se este Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, conforme art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Dessa forma, corretas as exigências do ICMS, da multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no inciso XXXVII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Adriano Antônio Gomes Dutra. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Geraldo da Silva Datas (Revisor) e Heldo Luiz Costa.

Sala das Sessões, 05 de fevereiro de 2020.

André Barros de Moura
Relator

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente