

Acórdão: 15.329/01/1^a
Impugnação: 40.010051383-96
Impugnante: Rural Petróleo JF Ltda.
Proc. Sujeito Passivo: Milton Cláudio Amorim Rebouças
PTA/AI: 01.000008775-80
Origem: AF/Passos
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEIS - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Através de Verificação Fiscal Analítica constatou-se que o Impugnante adquiriu mercadorias gravadas pela substituição tributária, em operações interestaduais, sem a devida retenção e recolhimento do ICMS e ICMS/ST e promoveu saídas, em operações internas para consumidores finais e varejistas, sem destaque do ICMS devido pelas operações próprias e o ICMS/ST, no período de agosto a dezembro/94. Acatada reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco, bem como aquela proposta pela Auditoria Fiscal. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter adquirido mercadorias em operações interestaduais cujo ICMS era devido por substituição tributária, sem a devida retenção e recolhimento do imposto, e de ter promovido saídas de mercadorias, em operações internas para consumidores finais e varejistas sem destaque do ICMS devido pelas operações próprias e do ICMS/ST.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 25/39, aos seguintes argumentos:

- o Auto de Infração ao fazer referência aos dispositivos legais aplicados ao caso em tela o fez de forma genérica, ofendendo o inciso IV do artigo 59 da CLTA/MG. No entanto, a indicação de dispositivo legal considerado como infringido deve ocorrer de forma precisa e específica e sua ausência representa deficiência na lavratura do Auto de Infração;

- traz entendimentos doutrinários e decisões sobre a necessidade de motivação e fundamentação do ato administrativo que corroboram sua defesa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o Estado de Minas Gerais já vem cobrando o ICMS da empresa remetente da mercadoria a título de substituição tributária, e diante disto deve ser feita uma compensação entre o que está sendo cobrado e o que já foi pago;

- a insistência da cobrança do imposto implicaria em exigência de ICMS em duplicidade tendo em vista que o mesmo já está sendo cobrado do remetente das mercadorias;

- tece comentários acerca do princípio da não-cumulatividade e ao final observa que a substituição tributária tem sido considerada inconstitucional por diversos tribunais.

Requer a procedência da Impugnação.

Após análise da Impugnação o crédito tributário foi reformulado tendo o Impugnante comparecido novamente aos autos, às fls. 93/100, trazendo os seguintes argumentos:

- inicialmente observa que o prazo, após a reformulação do crédito tributário, deveria ser integralmente reaberto desde a origem. A reabertura do prazo pela metade não assegura plenamente o princípio do contraditório e o da ampla defesa;

- entende que deve ser anulada a intimação feita para que sejam reabertos os prazos processuais desde o princípio;

- volta a enfatizar que o imposto não pode ser exigido em duplicidade e portanto a Impugnação deve ser integralmente procedente;

- está sendo feita exigência errônea no tocante à multa de 200%.

Por fim pede novamente a procedência da Impugnação.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado, às fls. 106/110, aos fundamentos seguintes:

- o prazo foi reaberto de acordo com a etapa em que se encontrava o processo, o que demonstra a correção desta reabertura;

- não se está exigindo bis in idem tendo em vista que as autuações sofridas pelo remetente representam casos isolados e ocorreram em trânsito;

- as notas fiscais que já foram autuadas foram excluídas do lançamento;

- a Impugnante foi eleita como sujeito passivo tendo em vista o artigo 673 do RICMS/MG;

- a multa foi aplicada corretamente, ou seja, 100% nas operações destinadas a consumidores finais e em dobro, nas operações cujas mercadorias seriam destinadas a varejistas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ao final requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fl. 111, que resultam nas manifestações de fls. 112/115, na abertura de vistas ao sujeito passivo, na intimação de fl. 118 com a conseqüente juntada dos documentos de fls. 121/125 e manifestação do Fisco às fl. 126, com nova abertura de vistas ao Impugnante .

Compareceu novamente o Impugnante aos autos alegando que no Auto de Infração nº 01.000101050-24 foram autuadas todas as notas fiscais remanescentes de aquisições feitas sem retenção, e que tendo em vista a reabertura de novo prazo deve ser este Auto de Infração considerado anterior ao presente.

O Fisco, contudo, observou que o Auto de Infração acima citado é posterior ao presente, não justificando a reformulação do crédito tributário.

Novo despacho de diligência foi exarado sendo solicitada manifestação fiscal acerca do AI nº 01.000101050-24, a qual resultou na afirmação de que não existe qualquer coincidência entre as notas fiscais autuadas através do Auto de Infração retromencionado e aquelas de fls. 75/76 autuadas neste Processo Tributário Administrativo, propugnando pela manutenção do feito fiscal.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter adquirido mercadorias em operações interestaduais cujo ICMS era devido por substituição tributária, sem a devida retenção e recolhimento do imposto.

Das Preliminares:

Inicialmente cumpre observar que o crédito tributário foi reformulado tendo em vista a existência de autuação fiscal anterior abordando os mesmos documentos fiscais que ensejaram o presente lançamento fiscal.

O Impugnante, antes da ocorrência de referida reformulação compareceu aos autos solicitando a anulação do lançamento face a ausência de elementos essenciais, quais sejam clareza dos dispositivos legais apontados como infringidos.

Após citada reformulação questionou o Impugnante a reabertura integral do prazo processual, desde a fase de Termo de Ocorrência.

Da análise dos dispositivos legais que regem a matéria relativa à reabertura de prazo não encontramos nenhum que regule expressamente esta questão, desta forma entendemos correto o procedimento da Administração Fazendária que concedeu prazo de 30 dias para o Impugnante manifestar-se após a reformulação do crédito tributário.

No tocante à suscitada obscuridade constante do Auto de Infração relativa aos dispositivos legais considerados como infringidos temos que este fato não impediu

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o Impugnante de exercer seu direito de defesa, visto que na peça defensiva abordou com precisão a questão tratada nos autos. É importante ainda observar que constam da peça fiscal elementos suficientes para determinar a natureza da infração argüida, desta forma não há que se falar em nulidade do Auto de Infração.

Do Mérito:

Na peça fiscal foram apresentados como infringidos os artigos 44 e 673 do RICMS/MG.

O segundo dispositivo legal apontado como infringido diz respeito à atribuição de responsabilidade por substituição tributária pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas de combustíveis e óleos lubrificantes, enquanto o artigo 44 do RICMS/MG observa que caso a mercadoria seja recebida sem a retenção do imposto caberá ao estabelecimento que a recebeu o pagamento da parcela do imposto devida ao nosso Estado. Ou seja, está o presente Auto de Infração a exigir o ICMS devido por substituição tributária que não foi corretamente recolhido pelos substituto tributário.

Como observado acima o crédito tributário foi reformulado tendo em vista a comprovação que diversas notas fiscais objeto da presente autuação já haviam anteriormente ensejado autuação fiscal, o que demonstrou exigência em duplicidade do imposto.

A Auditoria Fiscal bem observou que a autuação na realidade teve como objeto o fato do Impugnante ter recebido mercadorias cujo ICMS deveria ter sido recolhido por substituição tributária e não o foi, e desta forma, tendo em vista a legislação tributária estadual torna-se o adquirente responsável pela parte deste imposto que seria devida ao nosso Estado.

A legislação tributária estadual vigente à época da ocorrência do fato gerador fixou a substituição tributária no tocante ao recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes de combustíveis e lubrificantes recebidos de outras unidades da federação, ou seja, tornaram-se estes remetentes substitutos tributários em relação às operações subseqüentes internas.

Dos autos temos que o Impugnante é transportador revendedor retalhista – TRR, o que nos termos do artigo 673 do RICMS/91 o dispensaria de reter este imposto que não foi corretamente recolhido. No entanto, verificou-se que o mesmo não só atuava como TRR como também praticava operações com o comércio varejista, o que ensejou o enquadramento neste dispositivo legal. Fato este que não foi veementemente combatido pelo Impugnante. Destacamos as disposições do artigo 673 do RICMS/91:

Efeitos de 20/09/93 a 30/09/95 – Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo seu parágrafo único do Dec. nº 34.921, de 14/09/93 – MG de 15:

"Art. 673 – A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

saídas, em operação interna, de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não do petróleo, é atribuída, por substituição tributária:

.....

IV - ao fabricante ou distribuidor, situados em outra unidade da Federação, nas remessas dos produtos para estabelecimentos atacadistas ou varejistas localizados neste Estado;

.....

§ 1º - A responsabilidade prevista neste artigo:

1) aplica-se inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista (TRR);

2) não se aplica à operação de saída realizada por TRR, observado o disposto no artigo 683.

....."

Relativamente ao exposto no Parecer da Auditoria Fiscal sobre a forma de apuração do montante devido entendemos que foi correto o procedimento adotado pelo Fisco.

Entendemos que também devem ser excluídos da autuação os valores correspondentes às mercadorias constantes das notas fiscais n.º 7710, 7993, 8550, 9265, 9266, 9267, 9268 e 9966, cuja entrada no estabelecimento ocorreu entre 27/09 e 31/10, regularmente registradas no Livro Registro de Entrada do Contribuinte (fls. 159/177), autuadas através do AI 01.000101050.24, pois embora este tenha sido lavrado em 01/11/95, o desenrolar do processo foi mais ágil e o crédito tributário nele lançado já foi constituído, estando inclusive inscrito em dívida ativa.

Não constitui o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais órgão competente para declarar a inconstitucionalidade da substituição tributária, desta forma não merece esta tese de defesa ser acolhida.

Observamos, entretanto, que não cabe, no caso, a exigência da multa isolada prevista no artigo 54, inciso VI da Lei n.º 6.763/75, regulamentada pelo artigo 858, inciso VI, alínea "f" do RICMS/91 (por emitir documento fiscal sem constar o destaque do imposto), uma vez que conforme já vimos, a exigência fiscal refere-se a *aquisição de combustíveis em operações interestaduais sem a devida retenção do imposto e sem que a Autuada tivesse providenciado o recolhimento até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da entrada das mercadorias em seu estabelecimento*. Ou seja, não havia previsão legal para exigir que o Impugnante efetuasse o destaque do ICMS devido nas notas fiscais de saída, uma vez que a legislação determinava que o imposto deveria ser recolhido pela entrada de mercadorias recebidas sem retenção.

O Impugnante clama, ainda, pela inaplicabilidade da multa de 200%, que segundo entende, pelo menos em parte não poderia ser aplicada; no entanto, conforme

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

já foi visto, a apuração do montante devido pelas operações de saída realizadas pelo Contribuinte, permitiu exatamente a distinção das operações realizadas diretamente com consumidores finais (às quais não se aplica a Multa de Revalidação em dobro), daquelas realizadas com o comércio varejista, em que parte da base de cálculo se refere à operação a ser futuramente realizada por ele, incidindo portanto a multa em dobro prevista no artigo 56, inciso III da Lei n.º 6.763/75, regulamentada pelo artigo 860, inciso III do RICMS/91, normas legais estas vigentes à época. Observe-se que com o advento da Lei n.º 12.729/97, tais multas foram reduzidas para respectivamente 50% e 100% do valor do imposto, beneficiando o Contribuinte.

Considerando a reformulação do crédito tributário temos que os demais argumentos apresentados pelo Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as arguições de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para acatar a reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco, com descrição às fls. 89, excluindo-se, ainda, o ICMS relativo aos 240.000 litros de óleo diesel constantes das notas fiscais n.º 7710, 7993, 8550, 9265, 9266, 9267, 9268 e 9966 emitidas por Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda., já autuadas pelo AI 01.000101050.24, e cuja entrada no estabelecimento se deu entre 27/09 e 31/10, além da Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, regulamentada pelo artigo 858, inciso VI, alínea "f", do RICMS/91, por subsistir inaplicável "in casu", nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Elcio Reis. Participaram do julgamento, além do signatários, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões e Maria de Lourdes Pereira de Almeida (Revisora).

Sala das Sessões, 07/11/01

José Luiz Ricardo
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

RCLA/lmmc