

Acórdão : 14.117/01/2^a
Impugnação : 40.10101053.87
Impugnante : Posto Apache III Ltda
Advogado : Wállice Eller Miranda
PTA/AI : 01.000136156-60
IE/SEF : 277.766810.00-26
Origem : AF/Governador Valadares
Rito : Ordinário

EMENTA

Substituição Tributária - Álcool - Entrada Desacobertada - Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - Não exigência da MR em dobro, mas apenas ao percentual de 50%. Aplicação da Multa Isolada de 10% prevista no inciso XXII do art. 55 da Lei nº 6763/75. Exigências parcialmente mantidas.

Substituição Tributária - Álcool - Estoque Desacobertado - Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - Não exigência da MR em dobro, mas apenas ao percentual de 50%. Aplicação da Multa Isolada de 20%, conforme previsto na alínea “a”, inc. II, art. 55 da Lei 6763/75. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Obrigação Acessória - Falta de emissão de notas fiscais para comprovar as saídas de gasolina e diesel. Aplic  o da Multa Isolada de 20%, conforme disposto na alínea “a”, inc. II, art. 55 da Lei 6763/75. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS, MR e MI, constatado mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - LQFD no período de 17/03/99 a 10/02/00, formalizadas no AI n  01.000136156-60 de 06/06/00, fls. 02/04, constatadas as seguintes irregularidades:

- 1 - Entrada de álcool desacobertada de NNFF. Exige-se ICMS, MR(100%) e MI (20%);
- 2 - Estoque de álcool desacobertado de NNFF. Exige-se ICMS, MR(100%) e MI (40%);
- 3 - Saída de gasolina e diesel sem emissão de NNFF. Exige-se MI (40%).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procurador devidamente constituído, Impugnação às fls. 64/72, alegando que:

- Esclarece que são comuns o quadro societário da Impugnante e do Posto Apache II Ltda, e os combustíveis transferidos visaram tão somente suprir deficiência com o fornecedor, ausente a intenção de sonegar, requer a produção de prova perícia, apresentando quesitos para comprovar suas asserções defensivas;
- Questiona a validade do Regime de Substituição Tributária sendo inconstitucional a antecipação do fato gerador da obrigação tributária;
- Por ser o combustível adquirido fora do Estado, não se pode falar em falta de pagamento do ICMS/ST, pois esta é responsabilidade da distribuidora;
- As multas aplicadas são confiscatórias, não cabendo a Impugnante a responsabilidade pela retenção do imposto;
- A imputação fiscal de operações desacobertadas de documentação fiscal feita pelo Fisco improcede, pois este não considerou a documentação apresentada, bem como não aferiu o Livro de Movimentação de Combustível -LMCs, e ao final requer a procedência da Impugnação.

Em manifestação, fls. 530/538, o Fisco apresenta as seguintes contra-razões:

- Pondera que a Portaria nº 09 de 16/01/97, do Ministro de Minas e Energia, veda a alienação, empréstimo e permuta de combustíveis entre estabelecimentos varejistas, de modo que é ilegal o procedimento. A transferência de combustível entre os postos da empresa fere a Res. nº 2.929/98, que considera inidôneos os documentos fiscais emitidos para este fim;
- Nos termos do item I, § 4º, artigo 61 do RICMS/96, considera-se mineira a mercadoria encontrada sem documentação fiscal, não há como atribuir a responsabilidade a outrem, visto não saber a origem do combustível;
- O pedido de prova pericial deve ser indeferido com fincas nos incisos I, II e IV, artigo 116 da CLTA/MG;
- Fundado no inciso I, artigo 88 da CLTA/MG, defeso é a discussão da legalidade ou não do instituto da substituição tributária;
- A Impugnante não foi impedida de emitir documentos fiscais, mas sob a égide do regime especial de controle e fiscalização que encontrava-se submetido, impunha-lhe a obrigação de emití-los na Repartição Fazendária;
- A aplicação de multas tem origem em disposto legal, face a inexistência de retenção e de pagamento o ICMS/ST nas aquisições de combustíveis;

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal indefere pedido de prova pericial formulado pela Impugnante, esta interpõe Recurso de Agravo, considerado deserto pelo não recolhimento da taxa de expediente.

Em parecer fundamentado a Auditoria Fiscal opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

Inicialmente, pertinente se faz comentar a falta de preparo do Recurso de Agravo, motivando sua deserção. A ausência do pagamento da taxa de expediente das despesas processuais correspondentes ao processamento do Recurso interposto, consoante os §§ 2º e 5º do artigo 130 da CLTA/MG, gera a deserção, que importa em trancamento do recurso, presumindo a lei ter a impugnante desistido da respectiva defesa, *in casu*, da realização da perícia técnica.

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial. Por se tratar de prova especial, a perícia é admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Todos os questionamentos feitos, com as peças fiscais e elementos dos autos puderam ser facilmente respondidos. A Impugnante, dentro do devido processo legal, apresentou suas discordâncias na peça defensiva, carregando provas aos autos, sendo totalmente dispensável a perícia requerida, motivo que nos acertada a decisão de indeferimento do Pedido de perícia.

Historiando o trabalho fiscal, verifica-se que o fisco apurou através de LQFD, procedimento técnico previsto no inciso IV, artigo 194 do RICMS/96, entradas e estoque de álcool desacobertados de documentação fiscal com base nas saídas documentadas. Considerando que estas operações são tributadas por substituição tributária, há que se distinguir as infrações imputadas a Impugnante, pois o imposto exigido corresponde a duas operações. A primeira entre o remetente das mercadorias e a Impugnante, intitulada operação própria, inciso VI, artigo 6º da Lei 6763/75, e a segunda entre a Impugnante e o consumidor final, tributada pelo sistema de ICMS/ST, inciso II, artigo 22 da Lei 6763/75. Nas duas operações foi atribuído a Autuada a condição de responsável solidário ao remetente das mercadorias por estar a mercadoria desacobertada de documentação fiscal a teor do inciso VII, artigo 21 da Lei 6763/75.

Assim, a legislação tributária mineira, editada em consonância com os Convênios ICMS 105/92 e 03/99, elege, em primeiro plano, a refinaria de petróleo, sediada em outro Estado, como substituta tributária, repassando tal responsabilidade à distribuidora se a primeira (refinaria), por algum motivo, deixar de cumprir os ditames estabelecidos. Se esta não promover a retenção do imposto, a obrigação repassa a empresa recebedora do combustível.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo a Impugnante, posto revendedor varejista, a sua responsabilidade é pelo pagamento do imposto devido a este Estado quando do recebimento da mercadoria sem retenção do ICMS, § 1º, artigo 29 do RICMS/MG. Sendo desconhecida a origem dos produtos em face da aquisição ou manutenção de estoque de mercadorias sem documentação fiscal, conforme provado nos autos, apurado pelo LQFD, devido as duas operações pela Impugnante, ICMS normal e ICMS/ST. No período alcançado pelo lançamento fiscal, 30/09/99 a 29/02/00, a Autuada chamou para si, por estar a mercadoria desacoberta de NNFF, a responsabilidade pelo ICMS devido por substituição tributária.

No que pese a argumentação de que considerou-se para efeitos de se apurar a base de cálculo do ICMS/ST o valor destacado nos documentos fiscais de saídas da Impugnante nos períodos. Verifica-se que o lançamento fiscal observou o inciso I do artigo 375 do Anexo IX do RICMS/96, que fixam a base de cálculo do ICMS/ST. No que pese que calculou-se o preço médio, o preço por litro considerado pelo Fisco guardam correspondência com os estabelecidos para as operações com combustíveis pela autoridade federal competente, de acordo com o município mineiro consumidor final, conforme Portarias Interministeriais nº 295/99, vigente à época dos períodos lançados.

Sobre o conflito das normas constitucionais suscitado pela Impugnante, de ser inconstitucional a alínea “b”, inciso II, § 2º, artigo 155 da CF/88 face ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, ou seja, a anulação dos créditos do imposto relativos às operações de entradas das mercadorias que tenham suas saídas beneficiadas com isenção ou não-incidência, é defeso ao CC/MG manifestar-se, por força do disposto no artigo 88, inciso I da CLTA/MG.

Relativamente a aplicação da multa de revalidação em dobro -MR- de 100% (cem por cento) do valor do imposto, constatado está que houve o desrespeito ao dever de recolher o tributo no prazo legal, porém não configurada a obrigação da Impugnante em reter o imposto devido por ICMS/ST. Correta pois a aplicação da MR de 50% (cinquenta por cento), consoante o inciso II, artigo 56 da Lei 6763/75.

Quanto a ocorrência de descumprimento da obrigação acessória, obrigação de fazer, plenamente caracterizadas as infrações à legislação tributária nos autos para aplicar a penalidade de Multa Isolada -MI-, lançado no crédito tributário a exigência de MI da forma mais gravosa, pela constatação de mercadorias desacobertas de documentação fiscal nas entradas, consoante o disposto no inciso XXII, art. 55 da Lei 6763/75, e nas saídas e em estoque, consoante a alínea “a”, inciso II, art. 55 da mesma Lei.

Porém, quando o Legislador ordinário estabeleceu sanção por descumprimento de obrigações acessórias, fez distinção entre o contribuinte que nada escritura e/ou descumpra integralmente tais obrigações, punindo-os mais severamente, daqueles que cumprem parcialmente seus deveres, a estes cabe penalidade reduzida. *In casu*, verifica-se que a apuração das operações realizadas pautou-se em documentos fiscais, daí entender pertinente a aplicação das multas isoladas menos severas, ou seja de 10% (dez por cento) por entradas desacobertas, capitulação dada pelo inciso XXII,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

artigo 55 da Lei 6763/75, e de 20% (vinte por cento), por saídas e estoque desacobertos, capitulação da alínea “a”, inciso II do mesmo disposto legal.

Restando caracterizadas as infrações à legislação tributária, não sendo os demais argumentos apresentados pela Impugnante suficientes para descaracterizar as infrações, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para reduzir a Multa de Revalidação a 50% do seu valor e, para aplicar a Multa Isolada de 10% (entrada de mercadorias), 20% (estoque de mercadorias) e 20% (saída de mercadorias). Vencido, em parte, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, que mantinha a Multa Isolada de 20% pelas entradas desacobertas de documentação fiscal. Participou também do julgamento, o Conselheiro Luciano Alves de Almeida.

Sala das Sessões, 20/03/01.

Windson Luiz da Silva
Presidente/Revisor

Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora