

Acórdão: 16.315/03/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110270-70
Impugnante: Real Minas Petróleo Ltda
Proc. S. Passivo: Juvenil Alves Ferreira Filho/Outros
PTA/AI: 01.000141886-17
Inscr. Estadual: 693.734482.02-15
Origem: DF/Varginha

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO. Constatado por meio de LQFD, que o contribuinte promovera entradas, saídas e mantivera em estoque combustíveis desacobertos de documentos fiscais. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Tendo adquirido álcool hidratado, em operações interestaduais, de Distribuidor não inscrito neste Estado para fins de ST e sem a comprovação de pagamento por meio de GNRE, impõe-se ao adquirente, por força do artigo 29, caput, do RICMS/96, efetuar-lo quando da entrada em seu estabelecimento. Infração caracterizada. Exigências mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - BASE DE CÁLCULO - RECOLHIMENTO A MENOR - FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatado a emissão de notas fiscais de saída de álcool hidratado com destaque a menor de ICMS operação própria e ST, por vezes sem qualquer destaque e, no mês 09/01, sem lançamento nos Livros de RS e RAICMS. Adequada a recomposição da BC, com conseqüente apuração das diferenças para exigência de ICMS/MR operação própria e de ICMS/MR em dobro da ST. Exigências fiscais mantidas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO. Constatado a apropriação indevida de crédito de ICMS relacionado com utilização de serviços de telefonia e consumo de energia elétrica, contrariando vedação expressa pelo artigo 66, I e II a.2 do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DOCUMENTO INIDÔNICO. Consideram-se inidôneas as notas fiscais emitidas por TRR para acobertar vendas de combustíveis a postos revendedores, nos termos da Resolução 2.929/98. Infração caracterizada, legitimando-se a cobrança da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso X, da Lei 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre diversas irregularidades constatadas durante os exercícios de 1999 a 2001, a saber:

1 - entradas (óleo diesel, gasolina, álcool hidratado), saídas (gasolina) e manutenção em estoque (óleo diesel e álcool hidratado) ao desabrigo de notas fiscais, apuradas mediante LEQFID (Levantamento Quantitativo Financeiro Diário) aplicado nos exercícios de 2000 e 2001;

2 - apropriação indevida de créditos de ICMS de energia elétrica e serviços de comunicação (2001);

3 - falta de recolhimento de ICMS/ST relativo a aquisições de álcool hidratado de empresa fornecedora não inscrita no Estado e sem comprovação de retenção e pagamento;

4 - falta de destaque, destaque a menor e não lançamento de débitos de ICMS operação própria e ST no LRS e LRAICMS, redundando em falta de recolhimento/recolhimento a menor do imposto devido, tanto da operação própria quanto da ST, relativamente a saídas de álcool hidratado - exercício de 2001;

5 - utilização de notas fiscais inidôneas, nos termos da Resolução 2.929/98, para acobertar saídas de combustíveis destinados a postos revendedores.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 564 a 586, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 597 a 603.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 609 a 618, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A presente autuação decorre da constatação de diversas irregularidades na escrita do sujeito passivo, razão pela qual, para melhor contextualização, uma a uma, serão pontualmente examinadas.

ITEM 1

Através de LQFD (FLS. 37 a 171) aplicado à gasolina "C", óleo diesel e álcool hidratado nos exercícios de 2000 e 2001, foram apuradas entradas, saídas e estoque desacobertados de documentação fiscal.

Relativamente às entradas desacobertadas de gasolina "C" e óleo diesel, o Fisco, empregando os respectivos preços médios ponderados unitários de entrada, cobrou ICMS (25% gasolina e 18% diesel), MR (50%) e MI (10%), fazendo o mesmo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para a manutenção de estoque desacoberto de óleo diesel (obviamente, neste caso, empregando o preço médio unitário de estoque), por entender tratar-se de produtos sujeitos à substituição tributária.

Esse procedimento foi duplamente benéfico ao infrator. Primeiro, porque, referindo-se ST, a base de cálculo não deveria ser a formada com os preços médios ponderados de entrada, mas com os preços de venda a consumidor final, que certamente não terão sido praticados pela Autuada quando agia como distribuidora. Segundo, porque, ao dar entrada em mercadoria sem a devida cobertura fiscal, sendo esta sujeita ao regime de ST, responde solidariamente para com o fornecedor, a quem caberia efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS/ST. Em circunstâncias tais, a MR haveria de ser em dobro, conforme determina o art. 56, II, § 2º, da Lei 6.763/75.

Quanto a entradas desacobertas e manutenção em estoque também desacoberto de álcool hidratado, o emprego da mesma sistemática, à alíquota de 25%, fez-se correto, pois que o diferimento de que se beneficiavam as aquisições encerrou-se com o desacobramento, nos termos do art. 12, II, do RICMS/96.

Para as saídas desacobertas, exigiu apenas a MI de 20%.

O LEQFID é técnica idônea de fiscalização, com previsão regulamentar.

Bem assinala o Autuante, diversamente da versão impugnatória, as entradas desacobertas [apuradas pelas saídas sem estoques e os estoques desacobertos (que nada mais significam do que entradas também sem notas)] representam, sim, prejuízo ao erário, já que não terão existido retenção e recolhimento do imposto antecipado - por substituição tributária.

A apuração de tais irregularidades é puramente matemática. Embora a Impugnante alegue que documentos não foram considerados, não os aponta, caracterizando-se afirmação infundada.

As irregularidades e valores apurados no LEQFID foram transferidos para os quadros que compõem o item 1 do relatório fiscal (fls. 08/10), auto-explicativos, donde impropriedade da alegação de que os cálculos não foram esclarecidos.

ITEM 2

A segunda ilicitude imputada ao sujeito passivo foi a apropriação indevida de créditos relacionados com utilização de serviços de comunicação (telefonia) e consumo de energia elétrica, no período que se estende de março a julho de 2001.

Ainda que se admita que estejam vinculados à comercialização de combustíveis, a legislação regente ao tempo dos fatos geradores expressamente veda o respectivo creditamento, in verbis:

Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou prestações

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

I - ao serviço de transporte e de comunicação prestados ao tomador, observado o disposto no § 2º:

II - à entrada ocorrida:

a - a partir de 1º de novembro de 1996:

a.2 - de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, observado o disposto no § 4º;

(...)

§ 2º - Somente dará direito de abatimento do imposto incidente na prestação, sob a forma de crédito, a utilização de serviço de comunicação:

1) no período entre 1º de agosto de 2000 e 31 de dezembro de 2002:

1.1) por estabelecimento prestador de serviço de comunicação, na execução de serviço desta natureza;

1.2) por estabelecimento que promova operação que destine ao exterior mercadoria ou que realize prestação de serviço para o exterior, na proporção destas em relação às operações e prestações totais;

(...)

§ 4º - Somente dará direito de abatimento do imposto incidente na operação, sob a forma de crédito, a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

1) no período entre 1º de agosto de 2000 e 31 de dezembro de 2002:

1.1) que for objeto de operação subsequente de saída de energia elétrica;

1.2) que for consumida no processo de industrialização;

A atividade da Impugnante não se enquadra em nenhuma das hipóteses acima.

De atentar-se que não ocorreu recomposição de conta gráfica, porque houve saldo devedor em todos os períodos.

ITEM 3

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A terceira irregularidade foi a da aquisição de álcool hidratado, em operações interestaduais, sem correspondente retenção e recolhimento do imposto devido por ST, conforme determina o art. 375, § 8º do Anexo IX ao RICMS/96.

Refere-se a três notas fiscais apenas, cujas cópias encontram-se às fls. 13/17. O fornecedor, a empresa Tigre Distribuidora de Petróleo Ltda não se achava inscrita no cadastro de contribuintes de MG para fins de ST e nem recolhera em GNRE o imposto devido.

Tocante álcool hidratado, a responsabilidade inicial é da remetente, Distribuidora doutra UF, conforme estabelece o art. 372, II, b, do Anexo IX ao RICMS/96 - redação vigente de 01/07/99 a 31/12/01, in litteris:

Art. 372 - Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinadas a contribuintes localizados neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista (TRR):

(...)

II - ao distribuidor:

b - situado em outra unidade da Federação, nas remessas dos produtos para estabelecimentos distribuidores, atacadistas ou varejistas situados neste Estado, ressalvado o disposto na Seção IV deste Capítulo;

Ora, se o primeiro responsável não efetua a retenção/recolhimento, a obrigação transfere-se ao adquirente, a teor do art. 29, caput, parte geral do Regulamento:

Art. 29 - Em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a retenção do imposto.

Correta a MVA (77,34%), conforme art. 375, II, d2, do Anexo IX - redação vigente de 01/09/99 a 31/12/2001.

A operação não é diferida, como quer a Impugnante. Correta a exigência fiscal.

ITEM 4

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conferindo as vendas de álcool hidratado do contribuinte enquanto Distribuidora, no período que se estende de março a setembro/01, o Autuante detectou que o destaque do ICMS, tanto da operação própria quanto da ST (retenção) fazia-se a menor do que o devido, não acontecia de modo algum ou não era levado a registro no LRS e no LRAICMS.

Conferiu-as todas, segundo planilha de fls. 20/24, elaborou os cálculos corretos, apurando as diferenças na planilha de fl. 19, transferidas para os quadros do Item 4 do Relatório, à fl. 11.

A Impugnante reconhece tais diferenças, mas, infundadamente, alega que as compensa com créditos de ST retida a maior pelos fornecedores e repassados pela Refinaria, quando das aquisições de gasolina e óleo diesel.

Inaplicável, na espécie, o disposto no § 7º do art. 150 da CF. A uma, porque a questão dos autos não é de não ocorrência de fato gerador presumido. A duas, porque a ST é definitiva, não implicando restituição, por parte do sujeito ativo, de tributo porventura recolhido a maior e nem em complementação, por parte do sujeito passivo, em situação inversa.

A questão está pacificada pelo STF, que decidiu pela definitividade da ST, questionada pela Confederação Nacional do Comércio na ADIN 1851-5, conforme segue:

DECISÃO DO MÉRITO

O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, CONHECEU, EM PARTE, DA AÇÃO E, NESTA PARTE, POR MAIORIA, VENCIDOS OS SENHORES MINISTROS CARLOS VELLOSO, CELSO DE MELLO E O PRESIDENTE, O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO, JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NA INICIAL E DECLAROU A CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO ICMS Nº 13, DE 21 DE MARÇO DE 1997. FALARAM, PELA REQUERENTE, CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC, O DR. HAMILTON DIAS DE SOUZA, PELOS REQUERIDOS, GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS, O DR. ALUÍSIO LUNDGREN CORRÊA REGIS, PROCURADOR DO ESTADO, E, PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, DR. JOSÉ ALFREDO BORGES, PROCURADOR DO ESTADO. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM. - PLENÁRIO, 08.05.2002.

Inócuas e ineptas, portanto, alegações fundadas em ofensa à não-cumulatividade.

ITEM 5

A última irregularidade apontada consistiu na acusação de emprego de notas fiscais inidôneas para acobertar operações de venda de combustíveis a postos revendedores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A inidoneidade decorre de disposição da Resolução 2.929/98:

Art. 1º - O documento fiscal autorizado para contribuinte que exerça a atividade de Posto Revendedor de combustível ou Transportador Revendedor Retalhista (TRR) de combustíveis acoberta exclusivamente operação com mercadorias destinadas ao consumo do adquirente, inclusive em processo de industrialização.

(...)

§ 4º - Considera-se inidôneo o documento fiscal que não atender ao disposto neste artigo.

Pois bem, ao tempo dos fatos geradores cujas representativas notas fiscais estão relacionadas na planilha de fls. 25/32, a Autuada constituía-se um TRR - Transportador Revendedor Retalhista, fato comprovado pela documentação de fls. 33/36, portanto, sem autorização para operar como Distribuidora, o que a faz enquadrar-se perfeitamente na situação do dispositivo acima transcrito.

O Fisco não exigiu qualquer tributo, mas a MI por emissão de documentos fiscais inidôneos. Acertado o procedimento.

Se o fato não repercutiu sobre os adquirentes, prescindível declaração de inidoneidade das notas fiscais para o próprio contribuinte emitente.

Caracterizada a emissão de documentos inidôneos, pela auto aplicabilidade da Resolução, correta se afigura a imposição da MI do art. 55, X, da Lei 6.763/75.

Por derradeiro, prescindível faz-se digressão a respeito do reclamo sobre o valor das penalidades aplicadas, inclusive com a rotulação de "confiscatórias".

As multas têm previsão legal. Alegação de ofensa a princípio constitucional perde sentido em foro administrativo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Lúcia Maria Bizzoto Randazzo e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 14/10/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Thadeu Leão Pereira
Relator

TLP/EJ/cecs