

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 16.366/03/1^a Rito: Ordinário
Pedido de Reconsideração: 40.040110340-52
Requerente: AC Comércio de Combustíveis Ltda (Aut.)
Requerida: Fazenda Pública Estadual
Coobrigado: Cristiano Farah Nascimento
Proc. S. Passivo: Amanajós Pessoa da Costa/ Outros (Aut.)
PTA/AI: 01.000139196-93
Inscrição Estadual: 062.083697.00-89 (Autuada)
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COBRIGADO - ELEIÇÃO ERRÔNEA - EX-SÓCIO - Inclusão indevida do ex-sócio da Requerente na relação processual como Coobrigado. Não há nos autos provas suficientes da relação do ex-sócio com a Empresa Autuada à época da ocorrência das irregularidades objeto de lançamento. Matéria não argüida no Pedido de Reconsideração.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - NOTA FISCAL INIDÔNEA - Constatadas aquisições de combustíveis pela Requerente acompanhadas por notas fiscais declaradas inidôneas, hipótese em que a mercadoria é considerada desacobertada, nos termos do art. 149, inciso I, do RICMS/96, e a responsabilidade pelo pagamento do imposto passa a ser do adquirente, conforme disposto no art. 29, § 1º, do mesmo Regulamento. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Mantida a decisão anterior. Pedido de Reconsideração conhecido parcialmente e indeferido. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS/ST, na condição de responsável tributário, no período de dezembro/2000 a fevereiro/2001, devido pela aquisição de combustível desacobertada de documentos fiscais, visto que as notas fiscais utilizadas foram declaradas inidôneas, conforme Atos Declaratórios de Inidoneidade n.º 13.062260-01235 e n.º 13.062260-01280.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.980/03/1^a, por maioria de votos, manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS, MR (50%) e MI (40%)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prevista no artigo 55, inciso X, da Lei n.º 6763/75, excluindo, entretanto, o Coobrigado do pólo passivo da obrigação tributária.

Inconformada, a Requerente interpõe, tempestivamente, o presente Pedido de Reconsideração (fls. 298//305), por intermédio de seu procurador regularmente constituído.

Argumenta que a decisão recorrida foi omissa em relação aos seguintes fundamentos abordados em sua peça de Impugnação:

- a) a mercadoria e as notas fiscais foram conferidas nos postos fiscais (item 12 da Impugnação);
- b) a não-cumulatividade do ICMS somente encontra exceção na isenção e na não-incidência (item 13);
- c) tratando-se de operações já realizadas, a autuação infringe o art. 13, § 19, da Lei n.º 6763/75 (itens 14 e 15);
- d) deve ser decotado o ICMS pago pelo remetente da mercadoria (item 16);
- e) os percentuais de agregação usados pelo Fisco são excessivos (item 17 da Impugnação); o cálculo que norteou o lançamento está incorreto (item II da manifestação de fls. 257/259) e o Fisco afronta o art. 8º, § 4º da Lei Complementar n.º 87/96 (item III da referida manifestação).
- f) a multa isolada deve ser cancelada, pois não caracteriza participação da requerente em eventual infração (ela não emitiu nota fiscal inidônea ou falsa) – item 18 da Impugnação.

Acrescenta, relativamente ao item “a” – **mercadorias e notas fiscais conferidas em postos fiscais** -, que as notas fiscais foram conferidas e carimbadas pelos postos fiscais dos Estados de origem e destino, que também conferiram a mercadoria e constataram a regularidade da situação.

Em relação ao item “b” – **exceções à não-cumulatividade** -, diz que o ICMS próprio e aquele devido por substituição tributária, que compõem o valor total da nota fiscal, foram debitados pelas distribuidoras à Requerente e assim, deve-se respeitar a não-cumulatividade.

No tocante ao item “c” – **a autuação infringe o art. 13, § 19, da Lei n.º 6763/75** -, entende que a base de cálculo do ICMS, se devido, deveria ser o valor real das operações ocorridas, sem presunção de margem, visto que as operações tributáveis da Requerente já ocorreram (art. 13, § 19, item 1 da Lei n.º 6763/75), e não o valor referente a operação vindoura, previsto no item 2 do mesmo dispositivo.

Relativamente ao item “d” - **deve ser decotado o ICMS pago pelo remetente** -, argumenta que o Fisco não deduziu o ICMS próprio do imposto lançado a título de substituição tributária. Como as notas fiscais autuadas informam o ICMS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

devido pelo substituto por operações próprias, ele é dedutível do montante exigido da Requerente, a teor do art. 32 do RICMS/96.

No que tange ao item “e”- **os percentuais de agregação são excessivos; o cálculo que norteou o lançamento está incorreto e o Fisco afronta o art. 8º, § 4º da LC nº 87/96**, ressalta que os remetentes da mercadoria não são indústrias ou refinadores, mas sim, distribuidores atacadistas, o que resulta em aplicação de percentuais de agregação menores para cálculo do ICMS/ST.

Salienta que a gasolina objeto das notas fiscais autuadas é do tipo “C” e sua base de cálculo não tem relação com a gasolina do tipo “A”, e que também não estaria demonstrado o cálculo para o álcool, que é objeto de algumas notas fiscais dos autos.

Quanto ao item “f”, **destaca que a MI deve ser cancelada**, pois, quando as declarações de inidoneidade aconteceram, a entrada e a saída da mercadoria já haviam ocorrido e, assim, não aconteceu infração punível.

Acrescenta que punição que não tenha caráter moratório não pode passar da pessoa do infrator, na linha da CF e do CTN, e a inidoneidade da nota fiscal não pode ser imputada ao adquirente, que não emitiu os documentos fiscais (art. 134, par. único e 137, I a III, do CTN).

Ao final, pede a restituição dos valores pagos a título de taxa de expediente e requer seja conhecido e deferido seu Pedido de Reconsideração.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 307/312, opina, em preliminar, pelo conhecimento do Pedido de Reconsideração e, quanto ao mérito, pelo seu indeferimento.

DECISÃO

Superadas, de plano, as condições de admissibilidade capituladas nos incisos II e III do art. 135 da CLTA/MG, haja vista que a decisão anterior foi tomada por maioria de votos, em processo submetido ao rito ordinário, cumpre-nos verificar o atendimento, também, da condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal.

Em examinando a respeitável decisão dessa Colenda Câmara, bem como as razões apresentadas pela Requerente, entendemos que o julgamento anterior deixou de apreciar matéria de fato ou de direito, expressamente suscitada na Impugnação.

Conforme se depreende do Acórdão hostilizado, as questões aduzidas na Impugnação e elencadas acima nos **itens “b” (não-cumulatividade do ICMS) e “d” (decote do ICMS pago pelo remetente)** foram devidamente abordadas nos dois últimos parágrafos da folha 10 do acórdão e no primeiro parágrafo da folha 11 (fl. 294 e 295 dos autos) onde é feita a análise da não-cumulatividade do imposto e da impossibilidade de apropriação (dedução) de crédito oriundo de nota fiscal inidônea, sobretudo quando não há prova do pagamento do imposto devido pelo emitente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, quanto aos demais itens alegados pela Requerente, não obstante tenham sido abordados no bojo do acórdão recorrido, não foram enfrentados de forma expressa na decisão anterior.

Diante disso, reputamos atendida a condição do inciso I do art. 135 da CLTA/MG, atendendo a exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no *caput* do mesmo artigo. Via de conseqüência, configuram-se os pressupostos de admissibilidade para o Pedido de Reconsideração.

Quanto ao mérito, insta esclarecer que a Autuada é responsável solidária pelo cumprimento da obrigação tributária, haja vista a previsão contida no art. 29, § 1º do RICMS/96, onde consta que o estabelecimento varejista, que receber mercadoria sem a retenção do ICMS pelo substituto tributário, será responsável pelo recolhimento da parcela do imposto devida a Minas Gerais.

Sendo as notas fiscais de fls. 14/27 inidôneas, as operações com as mercadorias estavam desacobertas de documentação fiscal hábil (art. 149, I, do RICMS/96) e diante da não comprovação do pagamento do ICMS pelo remetente, fica a Requerente responsável solidária pelo pagamento do imposto.

Ainda que as notas fiscais tenham sido carimbadas nos postos fiscais, tal procedimento não tem caráter homologatório, nada impedindo que os contribuintes (remetente e destinatário) envolvidos nas operações descritas nas notas fiscais sejam fiscalizados. Observamos que esta prática é comum na maioria das fiscalizações realizadas em empresas, em razão da existência de postos fiscais no trajeto entre Remetente e Destinatário.

A interpretação feita pela Autuada em relação ao art. 13, § 19, item 1 da Lei nº 6763/75 não se demonstra correta, visto que tal dispositivo refere-se a substituição tributária “para trás”. No caso dos combustíveis é adotada a substituição tributária “para frente”, prevista no item 2 do mesmo dispositivo. A metodologia de substituição tributária aplicada a cada caso está relacionada com o tipo de mercadoria, não podendo ser alterada após a ocorrência da operação.

Ademais, a Requerente não apresenta comprovação de pagamento do imposto devido na comercialização do combustível autuado (operações passadas), nem pelo valor previsto no item 2 e nem pelo alegado preço real.

Quanto ao percentual de agregação utilizado para composição da base de cálculo, o Fisco já demonstrou às fls. 188/190, após diligência solicitada pela Câmara, que a base de cálculo utilizada para fins de cálculo do ICMS/ST atende ao disposto no artigo 375, inciso II, alínea “a”, “a-1”, do Anexo IX do RICMS/96.

Segundo esclarece o Fisco, os valores da base de cálculo são determinados a partir do preço inicial cobrado pelas refinarias, agregando-se as margens estabelecidas pelos órgãos competentes, as quais certamente se baseiam nos preços praticados, estando, portanto, em consonância com o disposto no § 4º do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A refinaria não produz gasolina “C”. Ela produz gasolina “A” e vende para a distribuidora, que por sua vez adiciona álcool anidro e obtém gasolina “C”. No entanto, a lei determina que a refinaria calcule e cobre a substituição tributária da gasolina “C”, no momento em que ela vende a gasolina “A” à distribuidora. Como os volumes de gasolina “A” e gasolina “C” não são iguais em face da adição de álcool anidro pela distribuidora, a refinaria procede da seguinte maneira:

1. O valor unitário (preço de partida/preço de faturamento) da gasolina “A” para fins de cálculo da ST foi definido através de Portaria Interministerial, (fl. 10 dos autos). Neste valor não está incluído o ICMS.

2. A quantidade de gasolina “C” a ser considerada pela refinaria para fins de cálculo do ICMS/ST é obtida multiplicando-se a quantidade de gasolina “A” por 1 (um) menos a representação decimal do percentual de álcool anidro vigente (conforme fl. 10 dos autos).

3. A Margem de Valor Agregado – MVA para gasolina “C” é definida através do art. 375, II do Anexo IX do RICMS/96 (demonstrada às fls. 11).

4. A Base de Cálculo do ICMS/ST da gasolina “C”, por litro, é obtida da seguinte forma: divide-se o valor unitário da gasolina “A”, calculada conforme item 1 acima, por 0,25 (que corresponde à adição do ICMS – alíquota interna de 25% para gasolina), multiplica-se pela quantidade de gasolina “C”, calculada conforme item 2 acima e adiciona-se a MVA.

5. No caso do álcool hidratado, as margens de agregação são de 50,11% para operações internas e 77,34% para operações interestaduais, conforme demonstrado às fls. 11, fundamentadas no art. 375, II do Anexo IX do RICMS/96.

Como visto, a Base de Cálculo do ICMS/ST utilizada na autuação revela-se correta e obedece, rigorosamente, aos critérios legais, conforme relatório fiscal constante às fls. 10/11 e demonstrado às fls. 188/190.

No tocante a multa isolada, esclareça-se que o art. 55, inciso X, da Lei nº 6763/75 aplica-se ao emitente e também aquele que **utiliza** documento fiscal falso ou inidôneo - é como está literalmente consignado no dispositivo retro citado. E o procedimento da Requerente restou caracterizado nos autos, **ao utilizar as notas fiscais inidôneas como documento de entrada das mercadorias em seu estabelecimento e também escriturando referidos documentos em seus livros fiscais** (fls. 34/125).

Por fim, quanto ao pedido de restituição da taxa de expediente, a Requerente não apresentou nenhum motivo ou justificativa, além de inexistir previsão legal específica para tal pretensão. O procedimento próprio para requerimento de restituição de importância indevidamente paga é aquele previsto nos artigos 36 a 41 da CLTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, afiguram-se legítimas as exigências fiscais, devendo, pois, ser mantida integralmente a decisão anterior.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, conhecer parcialmente do Pedido de Reconsideração, exceto em relação aos itens “b” (não-cumulatividade do ICMS) e “d” (decote do ICMS pago pelo remetente). No mérito, por maioria de votos, indeferiu-se o mesmo, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencido o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), que o deferia. Pela Requerente, sustentou oralmente o Dr. Amanajós Pessoa da Costa e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. José Benedito de Miranda. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 12/11/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator