

Acórdão: 2.913/03/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revista: 40.050109776-21
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Posto Girassol Ltda
Proc. S. Passivo: Alexandre Augusto Carneiro/Outros
PTA/AI: 01.000140638-73
Inscr. Estadual: 367.131052.0004
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEIS - ENTRADA SEM DOCUMENTO FISCAL - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - Acusação fiscal centrada na constatação, mediante Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadoria, de aquisição de combustíveis desacobertos de documento fiscal, com a exigência do ICMS/ST devido nos termos do artigo 29, § 1º, Parte Geral, do RICMS/96. Reformulados os valores do crédito tributário, pelo Fisco, em decorrência de erro no somatório da perdas deduzidas no dito levantamento. Entretanto, verifica-se ser prudente a desclassificação de parte dos elementos constantes do LMC, no tocante às sobras e perdas, em face da incompatibilidade entre tais elementos e a movimentação de combustíveis praticada pela Recorrida. Desta forma, deve-se adotar, como perda, o percentual equivalente a 0,6% (zero vírgula seis por cento) sobre a movimentação de combustíveis. Necessário se faz, ainda, a redução da Multa de Revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento), por se tratar de falta de recolhimento do imposto por contribuinte varejista. Mantida a decisão recorrida. Recurso de Revista conhecido, em preliminar, à unanimidade e, no mérito, não provido, por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de entradas de combustíveis desacobertas de documentação fiscal apuradas mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadoria. Exige-se ICMS/ST, Multas de Revalidação e Isolada capituladas respectivamente nos artigos 56, inciso II § 2º e 55, inciso XXII, ambos da Lei n.º 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.873/03/3ª, por maioria de votos, excluiu parte das exigências fiscais adotando como critério de sobras e perdas o percentual de 0,6% (zero vírgula seis por cento) sobre a movimentação de combustíveis e redução da Multa de Revalidação a 50% (cinquenta por cento).

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual apresenta, tempestivamente, o presente Recurso de Revista (fls.1.466/1.470), por intermédio de seu procurador regularmente constituído, alegando, em síntese:

- não poderia ter havido redução da multa de revalidação sob o argumento de que esta somente é imputável ao Remetente, uma vez que a responsabilidade pela retenção não exclui o destinatário, o qual responde solidariamente;
- descreve diversas situações questionando de quem é a responsabilidade;
- a responsabilidade do destinatário decorre do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75 e não há suporte jurídico para não majorar a multa de revalidação, uma vez que a obrigação tributária é uma só, que é exatamente aquela devida pelo Remetente;
- a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 11.474/96/1ª, 1.676/97/CS, 11.406/96/2ª e 290/00/6ª.

Requer seja conhecido e provido seu Recurso de Revista.

A Recorrida, tempestivamente, por intermédio de seu procurador legalmente habilitado, contra-arrazoa o recurso (fls. 1.489/1.497) aduzindo, em resumo:

- afirma preliminarmente que não foram atendidos os pressupostos de admissibilidade do Recurso impetrado por não estar clara a contradição alegada e cita o artigo 138 do RICMS/96;
- no mérito, alega não ter responsabilidade solidária quanto ao crédito tributário porque ele não existe;
- tece comentários sobre o trabalho fiscal e sobre o levantamento quantitativo referentes às perdas e sobras e, cita acórdão sobre a matéria;
- cita e transcreve os artigos 96, inciso X do RICMS/96 e 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75 afirmando que não infringiu estes dispositivos legais uma vez que, todo combustível adquirido teve o seu imposto recolhido, por se tratar de mercadoria sujeita a substituição tributária;
- frisa a impossibilidade de discutir a solidariedade pelo crédito tributário em razão de sua inexistência e, que assim não entendendo, não estaria sujeita a multa do artigo 56, § 2º da Lei n.º 6.763/75, por não ser responsável pela retenção do imposto por substituição tributária. Esta penalidade é própria do substituto tributário e não do substituído.

Requer seja negado provimento ao recurso.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.503 a 1.507, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do artigo 138 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84 e atualizada pelo Decreto n.º 40.380/99, cumpre-se verificar o atendimento, também, da condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal.

A decisão recorrida consubstanciada no Acórdão de fls.1.466/1.470 trata de entrada de combustível desacoberta de documento fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, em que se exige o imposto e multas, sendo a Multa de Revalidação cobrada em dobro. Tal decisão, por maioria de votos, adequou o percentual da Multa de Revalidação a 50% (cinquenta por cento) sob o fundamento de que a majoração imposta pelo artigo 56, § 2º, da Lei n.º 6.763/75 se aplica ao atacadista e não ao varejista.

Analisando os acórdãos apresentados como paradigmas temos:

- O Acórdão n.º 11.406/96/2ª (fls.1.508/1.531) trata de diversas irregularidades sendo, uma delas, a cobrança de ICMS e Multa de Revalidação em dobro, à época da ocorrência dos fatos geradores tratados naqueles autos ao percentual de 200% (duzentos por cento), pelo não pagamento do imposto devido por substituição tributária de açúcar adquirido com nota fiscal inidônea. A decisão, relativa a este item, manteve integralmente, por unanimidade, a exigência fiscal, fulcrada no artigo 109 da CLTA/MG por não ter sido impugnada pelo Autuado.

Assim deve ser aqui ressaltado que a abrangência das decisões do Conselho de Contribuintes foi alterada desde a época da decisão apresentada como paradigma. Quando foi apreciada a matéria da redução da multa de revalidação no Acórdão n.º 11.406/96/2ª as discussões na Câmara de Julgamento restringiam-se à matéria abordada na impugnação, hoje no entanto, cabe ao julgador administrativo a revisão de todo o lançamento devendo ser expurgados os valores que não sejam considerados devidos à luz das normas legais estaduais. Foi nesta linha a atuação da Terceira Câmara na decisão ora recorrida tendo analisado a multa aplicada e adotado o percentual que acreditou correto, ou seja, sem a majoração.

- O Acórdão n.º 1.676/97/CS (fls. 1.532/1.534) traz a decisão de um Recurso de Revista impetrado pelo Contribuinte, por meio do qual pretendia a revisão da decisão de manter a cobrança da Multa de Revalidação em dobro pela entrada e estoque de combustíveis apurados mediante levantamento quantitativo por espécie. O Recurso é conhecido mas, não provido, sob o argumento de que a Recorrente (contribuinte varejista) é responsável pelo pagamento do imposto devido, acrescido da multa de revalidação em dobro, em razão do artigo 21, inciso VII, da Lei n.º 6.763/75 c/c com o artigo 83, inciso IV, do RICMS/91, que estabelece a responsabilidade solidária do adquirente pelo pagamento do ICMS/ST e acréscimos legais, inclusive Multa de Revalidação a 200% (duzentos por cento), devidos pelo Remetente.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- O Acórdão n.º 11.474/96/1ª (fls.1.536/1.541) consubstancia o entendimento da Câmara sobre entrada desacobertada de combustível, constatada por meio de levantamento quantitativo, com a cobrança do imposto e da multa de revalidação em dobro. A decisão unânime, considerou parcialmente procedente a impugnação em razão da reformulação do crédito tributário pelo Fisco que acatou a documentação trazida aos autos pelo Autuado, mantendo a cobrança do ICMS/ST e da Multa de Revalidação a 200% (duzentos por cento).

- O Acórdão n.º 290/00/6ª (fls.1.542/1.544) versa sobre entrada desacobertada de combustível em razão da inidoneidade da nota fiscal. Exigiu-se o ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro, à época da ocorrência dos fatos geradores tratados naqueles autos ao percentual de 100% (cem por cento) e Multa Isolada ao percentual de 20% (vinte por cento). A Câmara de Julgamento, por unanimidade, manteve a cobrança da multa de revalidação em dobro com fundamento no artigo 21, inciso VII, da Lei n.º 6.763/75, entendendo que a responsabilidade do varejista é solidária e não subsidiária.

Feita a análise acima do inteiro teor dos acórdãos indicados como divergentes em confronto com a matéria abordada nos presentes autos, constatamos assistir razão à Recorrente, eis que as decisões mencionadas referem-se a entrada desacobertada de mercadorias gravadas pela substituição tributária com a exigência da multa de revalidação majorada do varejista situação que se coaduna com o caso presente, e naqueles foi aprovado o trabalho fiscal. Destarte, está evidenciada a divergência jurisprudencial no que tange à discussão quanto à possibilidade de cobrança da majoração da Multa de Revalidação.

Assim, uma vez atendidas cumulativamente as condições de admissibilidade do presente Recurso, conforme estatuído no artigo 138 da CLTA/MG, deve o mesmo ser conhecido, possibilitando à Câmara Especial de Julgamentos a discussão da matéria afeta a aplicabilidade da majoração da multa de revalidação.

DO MÉRITO

Versa o presente Processo Tributário Administrativo sobre a exigência de ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada pelas entradas de combustíveis desacobertas de documentação fiscal conforme levantamento quantitativo por espécie de mercadoria.

Face às limitações impostas para a extensão do presente Recurso de Revista e de conformidade com a decisão no que tange à sua admissibilidade, o ponto de discussão é sobre a decisão da Egrégia Câmara de Julgamento de reduzir a multa de revalidação majorada pela aplicação do artigo 56, § 2º, da Lei n.º 6.763/75, com a justificativa de que o varejista, por determinação legal, tem apenas a responsabilidade pelo pagamento do imposto não retido pelo remetente.

Preceitua o artigo 56, inciso II, § 2º, da Lei n.º 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

.....
II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as reduções previstas nos itens 1 a 3 do § 9º do artigo 53.

.....
§ 2º - Tratando-se de crédito tributário por não-retenção ou de falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária, as multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no inciso II deste artigo.

....."

Conforme o artigo acima citado, será cobrada a multa de revalidação majorada daquele que não reter ou não pagar o imposto retido. O adquirente varejista, sujeito passivo substituído, não tem a obrigação de reter, mas a responsabilidade de recolher o imposto das mercadorias sujeitas a substituição tributária adquiridas sem a retenção do imposto. Este entendimento é retirado das claras normas constantes do artigo 29, § 1º, do RICMS/96, *in verbis*:

"Art. 29 - Em toda as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou ao 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.

§ 1º - Nas hipóteses do *caput* deste artigo, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria sem a retenção do imposto será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado.

....."

Assim, no recebimento de mercadoria sem o recolhimento tempestivo do ICMS/ST, cabe aplicar ao destinatário, quando varejista, a Multa de Revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento), não sendo portanto hipótese de majoração deste percentual.

Registramos, balizado no artigo 90 da CLTA/MG, que se corrija o erro material decorrente de lapso manifesto na fl. 1.463, onde o cálculo do crédito tributário remanescente do óleo diesel foi realizado tomando como base o volume de 304 litros (trezentos e quatro litros) quando o correto seria 303 litros (trezentos e três litros).

Importante frisar ainda a manutenção da decisão recorrida consubstanciada no Acórdão n.º 15.873/03/3ª, também com relação à exclusão de parte das exigências fiscais adotando como critério de sobras e perdas o percentual de 0,6% (zero vírgula seis por cento) sobre a movimentação de combustíveis pelos seus próprios fundamentos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, conhecer do Recurso de Revista. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao mesmo. Vencido o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, que lhe dava provimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro supracitado, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Francisco Maurício Barbosa Simões e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 19/12/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ/CECS