

Acórdão: 16.541/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110993-48
Impugnante: Ale Combustíveis S/A
Proc. S. Passivo: Fátima Conceição Guedes Araújo/Outra
PTA/AI: 02.000205983-82
Inscr. Estadual: 067.615693.02-55
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEIS – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR ICMS/ST – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. A imputação fiscal de transferência interestadual de gasolina “A” com destaque e recolhimento a menor do ICMS/ST não pode ser feita à empresa mineira destinatária do produto. O relato da irregularidade apurada não condiz com os dispositivos capitulados como infringidos. Infração não caracterizada. Exigências fiscais canceladas. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de, no dia 12 de julho de 2003, ter transferido gasolina sem álcool à granel (gasolina “A”), destacando e recolhendo ICMS/ST a menor, sendo-lhe exigido o imposto no tocante à diferença, e a multa de revalidação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 22 a 27, sob os seguintes argumentos:

- é sediada em Betim/MG e possui filiais em vários estados da Federação, especialmente no Rio de Janeiro;

- em se tratando de gasolina, a filial carioca possui Termo de Acordo com o estado do Rio de Janeiro para adquirir o referido produto junto às refinarias, sem a retenção do ICMS por substituição tributária, assumindo o papel de substituta tributária do ICMS oriundo das operações realizadas com a gasolina;

- em julho de 2003, com dúvidas sobre a interpretação da legislação no tocante a base de cálculo de suas operações de transferência para o Rio de Janeiro procurou a DIF e solicitou esclarecimentos e, por telefone, recebeu a resposta de que a base de cálculo correta seria o PMPF, ou seja, pelo valor de R\$2,1175, já que a transferência seria 100% de gasolina “A”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- após receber a autuação cujas infrações apontadas são exatamente as diferenças entre a base de cálculo informada pela DIF e do PMPF acrescida de 25%, e em razão de ainda estar dentro do período de apuração do imposto, emitiu as correspondentes notas fiscais complementares e destacou as diferenças de ICMS apuradas, que foram pagas em 11 de agosto de 2003 juntamente com todo o ICMS devido no período;

- no tocante às operações de transferências de gasolina “A” (pura) utilizou guia distinta para uma melhor elucidação do fato, conforme atesta a cópia reprográfica do documento de arrecadação;

- o autuante equivocou-se ao autuar a Impugnante por transferir gasolina sem álcool a granel (gasolina “A”) destacando e recolhendo ICMS/ST a menor, referente às notas fiscais relacionadas na fl. 02/02 do Auto de Infração, já que tais notas fiscais foram emitidas pela sua filial situada no estado do Rio de Janeiro;

- aponta erros nos valores mencionados quanto ao ICMS/ST destacados nas notas, especificamente as de nºs 062675 e 062681, o que resultou em aumento da diferença apurada;

- o autuante não pode lavrar autos de infração antes do contribuinte encerrar a apuração e efetuar o pagamento do imposto a que se referir.

Requer ao final o cancelamento do Auto de Infração face ao grave erro cometido pelo Fisco e que seja considerada sanada a sua falha sem a aplicação da multa de revalidação uma vez que o imposto foi devidamente recolhido para os cofres públicos.

Às fls. 83/84 o Fisco retifica o crédito tributário em face do argumento da Impugnante de que havia erro na planilha original nos valores de ICMS/ST das Notas Fiscais nºs 062675 e 062681.

Tal retificação do crédito tributário foi comunicada ao contribuinte conforme Aviso de Recebimento de fl. 85.

O Fisco, em manifestação de fls. 86 a 89, refuta as alegações da defesa alegando em síntese:

- a distribuidora Ale Combustíveis S/A promoveu remessas de gasolina “A” para esse Estado sem que o ICMS/ST tivesse sido retido anteriormente pela refinaria em função de Termo de Acordo firmado no Estado do Rio de Janeiro;

- tal Termo de Acordo não foi convalidado pelo Estado de Minas Gerais nem tampouco houve publicação de qualquer Convênio proveniente do CONFAZ que legitimasse os procedimentos descritos na Resolução SEF/RJ 6.488, quando da remessa de gasolina “A” para outros Estados;

- não há prova nos autos da dita orientação dada pela SEF/MG;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a empresa remetente procedeu ao destaque do ICMS/ST em suas notas fiscais e o fez em valores inferiores aos devidos, uma vez que o cálculo foi feito como se a mercadoria fosse gasolina “C” em vez de gasolina “A”;

- a empresa remetente admite a infração caracterizada no Auto de Infração e, face à emissão de notas fiscais complementares e ao recolhimento da diferença exigida pelo Fisco, busca tão somente se eximir das penalidades impostas, no entanto, uma vez que a regularização ocorreu após e em função do recebimento da notificação fiscal, não pode ser aceito como denúncia espontânea por estar em desacordo com o artigo 167 da CLTA/MG;

- as Notas Fiscais Complementares n°s 064196 e 064594 (fls. 47 e 49 do PTA) foram emitidas após o dia 29 de julho de 2003, data do recebimento da notificação fiscal;

- a alegação de ter recolhido a diferença do imposto exigido dentro do prazo estipulado pelo artigo 85, inciso II, alínea “e” do RICMS/MG, esbarra no fato de ter ocorrido o destaque a menor do ICMS/ST contido nas notas fiscais de remessa, fazendo com que se esgotasse tal prazo por força do disposto no artigo 89, inciso III, do Decreto n° 43.080/02;

- é incabível a exclusão da multa de revalidação pois o recolhimento efetuado não possui o condão de denúncia espontânea, estando a penalidade exigida em plena conformidade com a legislação em vigor;

- está totalmente correta a eleição do sujeito passivo;

- o artigo 362 do Anexo IX do Decreto n° 43.080/02 é claro ao indicar, como responsável pelo recolhimento do ICMS/ST o estabelecimento mineiro adquirente da mercadoria, mesmo quanto à parte do tributo devido e não retido anteriormente.

Requer a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer às fls. 92 a 97, opina pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

Por meio do lançamento ora em discussão a Fiscalização imputa à Defendente a prática de transferência de gasolina sem álcool à granel (gasolina “A”), quando então teria destacado e recolhido ICMS/ST a menor, ficando sujeita, portanto, à exigência do imposto no tocante à diferença e respectiva multa de revalidação.

O artigo 360 do Anexo IX do RICMS/02, na alínea “b” do inciso II, atribui a condição de substituta tributária à distribuidora localizada em outra unidade da Federação nas remessas de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exceto coque verde de petróleo, para estabelecimentos distribuidores, atacadistas ou varejistas situados neste Estado.

A responsabilidade, no caso, é excepcional, não se aplicando na hipótese de retenção anterior do ICMS/ST, pela refinaria de petróleo.

Assim, a legislação tributária mineira, editada em consonância com os Convênios ICMS n.ºs 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.

Na data da ocorrência do fato gerador do presente lançamento a distribuidora carioca Ale Combustíveis S/A assumia, efetivamente, a condição de substituta tributária face ao Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda do Rio de Janeiro, seu Estado de domicílio, que lhe transferia a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST.

Cabe salientar que o aludido Termo de Acordo refere-se, segundo o Fisco, ao dispositivo legal emanado da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro através da Resolução SEF/RJ n.º 6.488, de 09 de julho de 2002 que atribuiu às distribuidoras de combustíveis a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações anteriores e subsequentes por elas realizadas, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com gasolina “A”, a partir da operação que estiverem realizando até a última.

É importante destacar que o Fisco afirma que tal Termo de Acordo não foi convalidado pelo Estado de Minas Gerais e tampouco houve publicação de qualquer Convênio proveniente do CONFAZ que legitimasse os procedimentos descritos na Resolução SEF/RJ n.º 6.488/02. Neste sentido verificamos que realmente não constam dos presentes autos quaisquer provas de que efetivamente o citado Termo de Acordo tenha sido convalidado por Minas Gerais.

Entretanto, na condição de substituta tributária, a empresa carioca, emitente das notas fiscais de fls. 06 a 19, transferiu gasolina “A” para a empresa mineira, ora Impugnante no presente feito fiscal, com destaque do ICMS/ST, porém, segundo o Fisco, a menor que o devido, uma vez que efetuou os cálculos como se a mercadoria fosse gasolina “C” em vez de gasolina “A”.

O cálculo efetuado a menor traduz-se num ponto incontroverso da presente autuação uma vez que a Defendente emitiu as notas fiscais complementares anexas às fls. 47 e 49 dos autos, e recolheu o montante integral do ICMS devido por substituição tributária ao Estado de Minas Gerais (fl. 51).

Depreende-se que o Estado de Minas Gerais, ainda que de forma intempestiva, teve recolhido aos seus cofres todo o valor do imposto devido pelas operações noticiadas nos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco afirma que a emissão das notas fiscais complementares e o conseqüente recolhimento do imposto foram posteriores à lavratura do Auto de Infração e, desta forma, não eximem a penalidade imposta, qual seja, a aplicação da multa de revalidação de 50% da diferença entre o imposto devido e aquele originalmente destacado nos documentos fiscais de transferência da gasolina “A”.

Neste sentido crucial destacar que segundo o artigo 89, inciso III, do Decreto n.º 43.080/02 (RICMS/MG), considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto cujo transporte ocorra com documento fiscal que mencione destaque de valor do imposto inferior ao devido, com relação à diferença.

Este entendimento está em consonância com o parágrafo único do artigo 138 do Código Tributário Nacional onde está disposto que não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Quanto a alegação da Impugnante de que teria obtido as informações pertinentes a seu procedimento junto ao próprio Fisco, destacamos que a mesma não pode ser aceita para configurar a situação exposta no artigo 100 do Código Tributário Nacional uma vez não estar a mesma comprovada nos presentes autos.

Em assim sendo, o feito fiscal aparenta-se procedente não fosse a errônea eleição do sujeito passivo a figurar nos autos.

O Fisco relata que a Impugnante transferiu gasolina sem álcool à granel (gasolina “A”), destacando e recolhendo ICMS/ST a menor nas notas fiscais arroladas na planilha de fl. 04 (retificada à fl. 84) e cujas 4ªs vias encontram-se às fls. 06 a 19 dos autos.

Ocorre, entretanto, que tais notas fiscais não são de emissão da Defendente, empresa mineira situada em Betim e destinatária dos produtos, e sim da distribuidora carioca, de sorte que não se pode imputar à empresa mineira o cometimento da infração concernente à transferência de gasolina com destaque e recolhimento a menor do imposto devido.

A empresa mineira não transferiu nenhuma mercadoria e tampouco procedeu a destaques de ICMS/ST inferiores aos devidos.

Não obstante, da forma como se efetivou o presente lançamento há uma incongruência entre o relato da infração (constante do Auto de Infração) e a capitulação da infração no artigo 362 do Anexo IX, do RICMS/02 já que o relato alcança a distribuidora carioca emitente das notas fiscais enquanto que a tipificação da infração no citado dispositivo alcança a destinatária mineira arrolada como sujeito passivo no presente feito fiscal.

Portanto, o Fisco não poderia, numa fiscalização de trânsito de mercadorias, atribuir à Impugnante (destinatária) o cometimento das infrações constantes do relatório do Auto de Infração já que a mesma não transferiu gasolina e tampouco

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destacou e recolheu imposto a menor e, tendo assim sido feito, elide-se o presente Auto de Infração por errônea eleição do sujeito passivo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 28/04/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ

CC/MG