

Acórdão: 16.342/04/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010111008-00
Impugnante: Jô Auto Posto Ltda
Proc. S. Passivo: Rômulo Brigadeiro Motta/Outros
PTA/AI: 01.000142859-73
Inscr. Estadual: 223.156084.00-73
Origem: DF/ Divinópolis

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatadas aquisições de Álcool Hidratado de estabelecimentos distribuidores do Estado de São Paulo, com inscrições no cadastro de contribuintes do Estado de Minas Gerais bloqueadas, sem o recolhimento antecipado do ICMS/ST pelos remetentes, conforme previsto no artigo 31, §§ 2º e 3º, do RICMS/96, hipótese em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto passa a ser do contribuinte varejista mineiro que recebeu a mercadoria, nos termos do artigo 29, §§ 1º e 2º, do mesmo regulamento. Acolhimento parcial das razões do Impugnante, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No dia 09 de julho de 2003, teve início o trabalho de fiscalização do estabelecimento da empresa autuada, tendo por objetivo o exame do cumprimento das obrigações principal e acessórias, relativamente ao período de 01.01.2002 a 31.05.2003.

Ao final deste, foi constatada a entrada, no estabelecimento, de 185.000 litros de álcool hidratado, através das NFs relacionadas em documento anexo ao AI, emitidas pelas empresas Oásis Distribuidora de Petróleo Ltda. e Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., sediadas no Estado de SP, sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST, o que faz da destinatária a responsável pelo imposto devido ao Estado de Minas Gerais.

Houve infringência da Lei 6763/75, artigo 16, incisos VI, IX e XIII; e Decreto 38.104, artigos 29, §§ 1º e 2º, 31, inciso II, alínea “b”, subalínea AN IX, 372, inciso II, alínea “b”, subalínea AN IX; tendo sido aplicada a penalidade prevista no artigo 56, II, da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Feita consulta ao SICAF, verificou-se que a inscrição estadual da empresa Oásis Distribuidora de Petróleo Ltda. encontra-se bloqueada, por utilização com dolo ou fraude, no período de 11.04.2001 a 11.09.2001 e a partir de 22.03.2002. Quanto à Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., ela fora bloqueada (por omissão de entrega de DAPI/ST ou de ICMS/ST por 02 meses, consecutivos ou alternados), mas houve reativação, por ordem judicial. (fls. 13-15)

Demonstrativo do crédito tributário a fls. 07 a 12.

Relação das NFs a fls. 16 a 36.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestiva e regularmente, Impugnação às fls. 38 a 45, por intermédio de procurador.

Observa, em um primeiro momento, que a defesa tecida é tempestiva.

Em preliminar, propugna a inexistência de intimações para esclarecimentos: entende que, se o agente fiscal encontra qualquer irregularidade, deve, antes da autuação, promover a intimação do contribuinte, para esclarecimentos, sob pena de se ver violado o princípio do contraditório, assegurado pela Constituição Federal.

Passa, a seguir, ao exame do mérito do feito fiscal, pelos seguintes fundamentos:

1. O ICMS/ST foi efetivamente recolhido através de GNRE: afirma que, para cada NF emitida pela Oásis Distribuidora de Petróleo Ltda., apontada pelo agente fiscal, existe uma GNRE correspondente, que prova o efetivo pagamento do imposto. Aduz, ainda, que todas as notas de emissão desta empresa estão carimbadas pelo Fisco de Minas Gerais, gerando a presunção de que o produto estava acompanhado da documentação fiscal e da GNRE, quando deu entrada no território mineiro.

Informa que esta distribuidora foi incluída, pelo Estado de Minas Gerais, em regime especial de tributação, pelo qual fica obrigada a fazer acompanhar a NF da correspondente GNRE.

No tocante às NFs emitidas pela Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., diz não estarem acompanhadas das GNREs, por não terem sido incluídas no mencionado regime especial. Esta empresa estaria judicialmente autorizada a recolher o ICMS/ST através do regime normal da substituição tributária.

2. Discorre acerca da substituição tributária, deduzindo que, no caso em tela, ocorre a atribuição de responsabilidade exclusiva ao distribuidor, pelo pagamento do ICMS cujo fato gerador deve ocorrer posteriormente, porque consiste em uma operação subsequente. Assim, somente o substituto é devedor da obrigação pecuniária, somente ele é que deve pagar o tributo e responder pelas consequências de seu inadimplemento.

Argumenta que o Substituído não é órgão de fiscalização do Estado e, portanto, não tem obrigação legal de checar se o remetente da mercadoria é pessoa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

idônea e se vai ou não recolher o tributo. Por seu turno, garante ser pessoa idônea e cumpridora de suas obrigações fiscais.

3. Revolta-se com a aplicação da multa, que considera confiscatória. Cita doutrina e jurisprudência, a amparar sua pretensão de ver reduzido a 10 % o percentual da penalidade.

Anexou à peça impugnatória:

- cópia da decisão de Mandado de Segurança impetrado pela Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., contra o bloqueio de sua inscrição estadual. A ordem foi concedida para suspender o bloqueio, ressaltando, entretanto, que 'pode a Fazenda Estadual alterar o Sistema de recolhimento do ICMS para o autorizado pelo convênio 81/93, par. único do art. 83, cuja inconstitucionalidade' não foi detectada pelo Relator. O desembargador Francisco Figueiredo, em seu voto, frisou que "a decisão não se constitui em salvo conduto para que a Impetrante deixe de cumprir com suas obrigações tributárias e o Fisco nada possa fazer, haja vista que é legítima a adoção de sistemática de recolhimento do ICMS que iniba a ação de sonegadores e impeça grave prejuízo à economia pública, ainda que isso signifique exigir a antecipação do pagamento devido" (fls. 55-58);

- Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNREs referentes às NFs de n. 30.306 - 30.312 - 31.942 - 32.247 - 32.710 - 33.254 - 33.346 - 33.486 - 33.773 - 29.497 - 29.688 - 33.945 - 34.139 - 34.267 - 34.424. As notas n. 031.087, 030.663 e 030.900 não apresentaram a correspondente GNRE (fls. 60-83).

Encaminhado o processo à fiscal autuante, foi apresentada Manifestação às fls. 88 a 90.

Nesta, foi reconhecido o recolhimento do tributo referente às NFs cuja GNREs foram apresentadas, o que resultou na apuração de novo valor do crédito tributário. Destacou-se a existência de documentos de emissão da Oásis Distribuidora de Petróleo sem a respectiva guia.

Quanto à Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. salientou que, embora reativada a inscrição estadual, foi assegurada ao Estado a possibilidade de cobrança do ICMS antecipado.

Manifestou-se pela improcedência da impugnação relativamente ao feito fiscal remanescente e pela aprovação do crédito tributário conforme demonstrativo então apresentado.

Demonstrativo do crédito tributário às fls. 91 a 93.

Intimada a Autuada para apresentar as GNREs faltantes, informou que foram extraviadas pela distribuidora (apresenta declaração desta) (fls. 109 a 112).

Devidamente notificada da reformulação do crédito tributário, a empresa autuada não se manifestou.

DECISÃO

Versa o presente processo sobre a entrada de álcool hidratado, em estabelecimento mineiro, sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST.

Da Preliminar

A Impugnante invocou violação do Princípio do contraditório, em razão da inexistência de intimações para esclarecimentos, durante a fase de fiscalização de seu estabelecimento.

Reza o artigo 5º, da Constituição Federal, que “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Percebe-se, com solar clareza, que a ampla defesa e o contraditório são garantias constitucionais destinadas a todos os litigantes, nos procedimentos judiciais ou administrativos, e aos acusados em geral.

Tem-se que, durante os trabalhos de fiscalização – investigação da cumprimento das obrigações principal e acessórias -, não há que se falar em litigante, porque não existe, ainda, um processo, administrativo ou judicial, em trâmite; ou em acusado, figura a surgir apenas com a imputação do cometimento de um delito, o que se dá após a conclusão das atividades investigatórias.

Nesta linha segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“A INVESTIGAÇÃO POLICIAL, EM RAZÃO DE SUA PRÓPRIA NATUREZA, NÃO SE EFETIVA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, EIS QUE É SOMENTE EM JUÍZO QUE SE TORNA PLENAMENTE EXIGÍVEL O DEVER ESTATAL DE OBSERVÂNCIA DO POSTULADO DA BILATERALIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. A INAPLICABILIDADE DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO AO INQUÉRITO POLICIAL TEM SIDO RECONHECIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF. A PRERROGATIVA INAFASTÁVEL DA AMPLA DEFESA TRADUZ ELEMENTO ESSENCIAL E EXCLUSIVO DA PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO” (STF, 1ª T., HC N. 69.372-SP, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 07.05.93).

De qualquer forma, tais princípios foram devidamente observados no decorrer deste processo tributário administrativo. Isto pode ser inferido pela compreensão do conteúdo destes direitos do contribuinte:

“POR AMPLA DEFESA, ENTENDE-SE O ASSEGURAMENTO QUE É DADO AO RÉU DE CONDIÇÕES QUE LHE POSSIBILITEM TRAZER PARA O PROCESSO TODOS OS ELEMENTOS TENDENTES A ESCLARECER A VERDADE”. (...) POR SEU TURNO, “O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO EXIGE A IGUALDADE DE ARMAS ENTRE AS PARTES NO PROCESSO, OFERECENDO OPORTUNIDADE DAS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MESMAS POSSIBILIDADES, ALEGAÇÕES, PROVAS E IMPUGNAÇÕES”. (MORAES, ALEXANDRE DE. CONSTITUIÇÃO DO BRASIL INTERPRETADA, 2ª ED., SÃO PAULO: ATLAS, 2003, P. 362)

Do Mérito

Os trabalhos de fiscalização levaram à constatação da entrada, no estabelecimento da autuada, de álcool hidratado, oriundo das empresas Oásis Distribuidora de Petróleo Ltda. e Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., ambas sediadas em São Paulo, sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST.

A Impugnante apresentou GNREs correspondentes a várias Notas fiscais emitidas pela Oásis Distribuidora de Petróleo Ltda, o que levou o Fisco a promover a reformulação do crédito tributário, para excluir o valor a elas correspondente. Não comprovou a retenção e/ou recolhimento do imposto relativo às demais Notas fiscais, quanto a estas, subsistindo o crédito tributário.

No tocante à decisão do *mandamus*, juntado a fls. 55-58, é de se ressaltar que a empresa Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. teve garantida a suspensão do bloqueio de sua inscrição estadual, mas, ao Estado de Minas Gerais, foi permitido alterar o sistema de recolhimento do ICMS/ST, ‘ainda que isso signifique exigir a antecipação do pagamento devido’.

Entende a Autuada não ser responsável pelo pagamento do ICMS referente às operações de revenda de combustíveis, uma vez que, no sistema de substituição tributária progressiva, esta obrigação recai exclusivamente sobre o distribuidor.

Também neste particular, não cabe razão ao contribuinte. A responsabilidade pela obrigação tributária imputada ao substituído, na hipótese de inadimplemento por parte do substituto, advém de imposição prescrita no ordenamento jurídico mineiro.

Confira-se:

Lei 6763/75

Art. 22 - (...)

§ 18 - Nas 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 retenção ou com retenção a menor do imposto.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria sem retenção ou com retenção

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a menor do imposto será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado.

§ 20 - A responsabilidade prevista nos §§ 18 e 19 deste artigo será atribuída ao destinatário que receber mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto, nos casos em que a legislação determine que seu vencimento ocorra na data da saída da mercadoria.

RICMS/96

Art. 29 - Em todas 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.

§ 2º - A responsabilidade prevista no caput deste artigo e no parágrafo anterior será também atribuída ao destinatário, quando o mesmo receber mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento a que se refere o § 4º do artigo 31 deste Regulamento, se configurada a situação nele descrita.

A obrigação do recolhimento do ICMS/ST, por GNRE, encontra-se prevista nos §§ 2º e 3º, do artigo 31, da Parte Geral, do RICMS/96.

"....."

§ 2º- Não se encontrando, ainda, o responsável inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, o imposto deverá ser recolhido por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), por ocasião da saída da mercadoria, devendo uma via desta acompanhar o transporte e ser entregue ao destinatário.

§ 3º - A exigência a que se refere o parágrafo anterior aplica-se também ao contribuinte que estiver, por 2 (dois) meses, consecutivos ou alternados, omissos de entrega da Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária (GIA-ST) ou do recolhimento do ICMS devido.

....."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O mesmo se dá quanto à revolta contra a aplicação da multa, que considera confiscatória. Existe previsão legal de sua aplicação e qualquer discussão acerca da constitucionalidade desta norma transcende os limites da competência deste Conselho.

Não foram ofertados argumentos outros capazes de ilidir o feito fiscal em sua totalidade.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para acatar a reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 91/93. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 10/03/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/EJ