

Acórdão: 17.151/05/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010115183-75
Impugnante: Posto Getúlio Vargas Ltda.
Proc. S. Passivo: Adriano Ferreira Sodré/Outro(s)
PTA/AI: 01.000149139-74
Inscr. Estadual: 707.156887.00-87
Origem: DF/Varginha

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEIS – UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO. Constatada a aquisição de combustíveis pela Autuada, mediante documentos falsos, restando desacobertada de documentação fiscal a entrada da referida mercadoria. Razões de defesa insuficientes para elidir o trabalho fiscal. Corretas as exigências de ICMS/ST, MR e MI prevista no art. 55, inciso X da lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Foi constatada a entrada de mercadorias, no estabelecimento epigrafado, desguarnecidas de documentação fiscal hábil, em razão da desconsideração das notas fiscais n. 000644 e 000645, ambas de 14.09.2004.

Foi, então, lavrado Auto de Infração para se exigir ICMS, MR (art. 56, inciso II, § 2º, item II da Lei 6763/75) e MI (art. 55, inciso X da Lei 6763/75), sendo capitulado, como infringidos, os seguintes artigos: 16, incisos VII, IX, X e XIII; e 39, §1º, da Lei 6763/75; 96, incisos X, XIII e XVII, do RICMS/02.

Instruíram a peça de acusação os documentos de fls. 05-13.

Não se conformando com a imputação, a empresa Autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 15-29.

O Fisco refuta a defesa apresentada, em Manifestação de fls. 43-45.

Reincidência não constatada.

DECISÃO

Versa o presente processo sobre a constatação de entradas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais hábeis.

Consta do relatório anexo ao Auto de Infração que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“O Comunicado n. 02/2005, publicado na edição do Minas Gerais de 18.03.2005, divulgou o Ato Declaratório n.º 11.707.060.00495, de 16.03.2005, através do qual foram declaradas falsas as Notas Fiscais de n. 000.001 a 002.000, relativas à Autorização n.º 1830, impressas com dados cadastrais de Dinâmica Diesel Ltda., contribuinte sediado em Paulínia/SP, com registro no CNPJ n. 97.507313/0002-53.

Conforme Memorando SAIF/n.º 368, exarado pela Diretoria de Informações Fiscais, da SEF/MG, com base em informações prestadas pelo Banespa, em sua agência 033/0303 não consta a autenticação da GNRE mediante a qual supostamente foi efetuado, em 14.09.2004, o recolhimento de ICMS no valor de R\$1.242,28, relativo a “ICMS Subst. Trib. Ref. NF 000644 5000 lts de álcool hidratado”, consoante informações complementares constantes no Campo 23 da Guia.

Em sua correspondência, datada de 13.01.2005, o Banco do Estado de São Paulo S/A afirma ainda que, a partir de 01.10.2002, encerrou o convênio com a SEF/MG e deixou de recolher tributos destinados ao Estado de Minas Gerais.

Portanto, estão atestadas as falsidades da Nota Fiscal n. 000644, de 14.09.2004, bem como da GNRE que a acompanha, e da Nota Fiscal n. 000645, de 14.09.2004, documentos que comprovam a entrada no estabelecimento do Autuado de, respectivamente, 5.000 litros de álcool hidratado e 10.000 litros de gasolina C.

Isto posto, (...) ficam desguarnecidas de documento fiscal as operações relativas à compra dos citados produtos”.

Acompanharam a peça acusatória todos os documentos nela mencionados:

- NF 000644 (fl. 06) – emitida, em 14.09.2004, por Dinâmica Diesel Ltda. (Paulínia/SP), referente à venda interestadual de 5.000 l. de álcool hidratado contém a observação de que o ICMS foi retido por substituição tributária e de que a venda é FOB, sendo o frete de responsabilidade do destinatário - rodapé: Aut. 1830 (sem data) – Edson Gomes Artes Tipográficas - ME (Campinas/SP) - *embora se trate de operação interestadual, não contém qualquer carimbo de PF*;
- GNRE ref. a NF 000644 (fl. 07-08) – autenticação bancária – Banespa, de 14.09.2004;
- NF 000645 (fls. 09) – referente à venda de gasolina C – contém a observação de que o ICMS foi recolhido por substituição tributária pela refinaria de petróleo e de que a venda é FOB;
- cópia do Livro de Registro Entrada – LRE - (fl. 10);
- resposta do Banespa, ao OF.DINF/SAIF/n.º 2868/2004, datada de 13.01.2005 (fl. 11);
- MEMO/SAIF/n.º 368/2005 (fl.12) – enviado, pela Diretoria de Informações Fiscais, a DF/Varginha, em 24.01.2005.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sua defesa, a empresa Autuada narra, inicialmente, que atua no comércio varejista de combustíveis e lubrificantes para veículos automotores, adquirindo seus produtos de diversas distribuidoras.

Discorre sobre a sujeição passiva, na relação tributária gerada pela aquisição de combustíveis, inferindo que *“o único sujeito passivo existente em casos como o que ora se discute, é o substituto tributário!”* (...) *“A obrigação já nasceu para a Distribuidora Dinâmica Diesel Ltda. – apesar de não ter realizado o fato gerador – e só dela pode ser exigida”*.

Entende impossível a responsabilização do contribuinte substituído, mesmo em caráter supletivo, e frisa que a LC 87/96 nada dispõe acerca desta responsabilidade.

Acrescenta que o valor do ICMS/ST está incluído no preço da operação, donde já o ter pago a Impugnante – o que seria mais um motivo a impedir sua eleição para figurar no pólo passivo desta demanda.

Pede a nulidade do Auto de Infração, por não ser responsável pelo recolhimento do ICMS/ST.

Ressalta que é pacífico o posicionamento do STJ no sentido de proteger o adquirente de boa-fé.

Questiona o fato das normas relativas ao ICMS – fato gerador, base de cálculo, contribuinte e penalidades – serem veiculadas por legislação ordinária, quando o art. 146 da CF/88 exige lei complementar.

Ataca as multas aplicadas, que considera abusivas e confiscatórias, configurando desvio de finalidade e abuso de poder. E, por fim, discorda da utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para correção dos créditos lançados.

“Data máxima vênia”, não cabe razão à Impugnante.

Se não, veja-se.

Em termos conceituais, podemos definir a substituição tributária como o regime jurídico que atribui, por força de lei, a determinado contribuinte do ICMS ou a depositário de mercadoria a qualquer título, a responsabilidade pela retenção e/ou recolhimento do imposto incidente em uma ou mais operações ou prestações, sejam elas antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, quando devido, nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte do imposto, localizado no Estado destinatário.

Assim diferencia a legislação duas modalidades de contribuintes:

a) Contribuinte Substituto: é aquele eleito para efetuar a retenção e/ou recolhimento do imposto;

b) Contribuinte Substituído: é aquele que, nas operações ou prestações antecedentes ou concomitantes é beneficiado pelo diferimento do imposto e nas operações ou prestações subseqüentes sofre a retenção.

Em relação às operações subseqüentes, em razão da antecipação do ICMS, por força do regime de substituição tributária, as posteriores operações e prestações internas realizadas pelos contribuintes substituídos, como regra geral, não mais serão tributadas pelo imposto, encerrando-se o ciclo de tributação, não cabendo restituição ou cobrança complementar do imposto quando a operação ou a prestação subseqüente à cobrança do ICMS se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido.

O sistema de substituição tributária tem o escopo de modificar a característica do ICMS, de um imposto plurifásico, em um imposto monofásico, facilitando sua fiscalização e simplificando sua arrecadação, uma vez que a sua exigibilidade recai apenas em uma pessoa, o contribuinte substituto (*Operações com Substituição Tributária - Considerações Gerais - Exemplos de Registros Fiscais e Contábeis - Wiliam Wagner Silva Sarandy*).

Esta sistemática, entretanto, não exclui a responsabilidade dos demais agentes envolvidos na operação.

No caso dos autos, a responsabilidade pela obrigação tributária imputada à Autuada advém da imposição prescrita no artigo 29, § 1º do RICMS/02.

"Art. 29 - Nas 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 ou com a retenção a menor 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 ou com a retenção a menor do imposto será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado".

Além disso, nos termos do artigo 21, inciso VII da Lei n.º 6.763/75, qualquer pessoa que, a qualquer título, recebe mercadoria desacompanhada de documento fiscal é solidariamente responsável pela obrigação tributária, nesta inserida a principal e a acessória.

Por força do disposto no artigo 136 do CTN, c/c § 2º, do artigo 2º, da CLTA/MG, a alegação da Impugnante de que não agiu com dolo ou má-fé não a exime da responsabilidade tributária decorrente de inobservância da legislação.

Não há, pois, que se falar em nulidade do Auto de Infração “por não ser responsável pelo recolhimento do ICMS”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante mencionar que as GNREs apresentadas não podem ser consideradas pelo Fisco mineiro, porque:

1) se o recebimento de combustível deu-se ao desabrigo de documentos fiscais, logicamente não houve a retenção do imposto devido por substituição tributária; e

2) a suposta autenticação bancária é do Banespa, que, como por ele mesmo declarado, não está credenciado para recebimento de tributos mineiros.

Também não é possível acatar o argumento de que o imposto está embutido no preço da mercadoria, uma vez não demonstrada a efetiva ocorrência da operação descrita nas notas fiscais falsas, seja através de CTRCs, comprovantes de pagamento ou mesmo carimbos de postos fiscais.

Chama-se a atenção, ainda, para o doc. de fl. 40, anexado pela própria Impugnante, no qual consta, como atividade econômica da Dinâmica Diesel Ltda., *“o comércio atacadista de combustíveis realizado por transportador retalhista”*.

Notas fiscais emitidas por transportadores retalhistas não servem para acobertar a entrada de combustíveis em postos revendedores, uma vez que àqueles só é permitido comercializar o produto com consumidores finais.

Correta, pois, a ação fiscal, com a desconsideração das Notas Fiscais 000644 e 000645 e a exigência de ICMS/ST, MR e MI.

No tocante ao questionamento das multas aplicadas, é de se ponderar que o lançamento é vinculado; a ocorrência, objetiva e legalmente prevista, não cabendo, pois, ao fiscal ou a este Conselho avaliações acerca da proporcionalidade ou razoabilidade das penalidades.

A Lei 6763/75 traz expressa a previsão de aplicação das referidas multas, nos artigos 55, inciso X, e 56, inciso II, § 2º, item II, não restando, nesta instância, possibilidade de questionamentos acerca de sua constitucionalidade.

Ademais, o Estado detém o poder de impor penalidades àqueles que descumprirem o ordenamento jurídico.

Cesare Beccaria, comentando acerca das origens das penas, diz que:

"faz-se necessário o estabelecimento de motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esse motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis".

Nesse tocante, Roberto Lyra explica que: *"o direito de punir é direito efetivo do Estado ao respeito das leis e à coatividade do Direito"*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em verdade, as multas têm caráter essencialmente punitivo, mas também: a) repressivo para que não seja compensador o descumprimento da norma; b) retributivo para que haja o exemplo da punição, desestimulando as condutas ilícitas; c) ressociabilizador determinado que a multa seja graduada em percentual que não leve à inadimplência crônica (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2ª ed., Imprensa Nacional da Moeda, p. 247 e FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Conceitos de direito tributário*. Trad. Geraldo Ataliba e Marco Greco, São Paulo: Lael, , 1973, p. 221).

Para finalizar, dispõe o art. 127, da Lei 6763/75, *in verbis*:

"Art. 127 - Os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais."

A Resolução n.º 2.880/97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabelece, em seu art. 1º, que :

"Art.1º-Os créditos tributários, cujo vencimentos ocorrerão a partir de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação de Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil".

Tendo em vista que a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para correção de créditos tributários, está prevista na legislação tributária mineira, é vedado a este Conselho de Contribuintes negar a sua aplicação, nos termos do art. 88, inciso I da CLTA/MG.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 27/06/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Juliana Diniz Quirino.
Relatora

JDQ/cecs.