

Acórdão: 17.152/05/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010115201-75
Impugnante: Posto Epa Ltda.
Proc. S. Passivo: Adriano Ferreira Sodré/Outros
PTA/AI: 01.000149240-38
Inscr. Estadual: 236.203915.00-04
Origem: DF/ Varginha

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - ENTRADA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL FALSA/INIDÔNEA. Constatado que a Autuada adquiriu combustível (álcool hidratado) com notas fiscais declaradas falsas. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, MR e MI capitulada no artigo 55, inciso X, da Lei nº 6763/75, majorada em 50% devido à reincidência prevista no artigo 53, § 7º, da citada lei. Acolhimento parcial das razões do Impugnante, para excluir a majoração da Multa Isolada. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Foi constatada a entrada, no estabelecimento em epígrafe, de 20.000 litros de álcool hidratado, através dos seguintes documentos, considerados falsos, assim como as GNREs que os acompanhavam: NF n.º 000602, de 10.06.2004; NF n.º 001.080, de 05.07.2004; NF n.º 001.097, de 16.07.2004; e NF n.º 001.100, de 18.08.2004.

Foi lavrado Auto de Infração, para exigir ICMS, MR (art. 56, II e §2º, item 2, da Lei nº 6763/75) e MI (art.55, X, c/c art. 53, §7º, da Lei nº 6763/75), sendo capitulado, como infringidos, os seguintes artigos: 16, VII, IX, X e XIII; e 39, §1º, da Lei 6763/75; 96, X, XIII e XVII, do RICMS/02.

Instruíram a peça de acusação os documentos de fls. 04 a 20.

Não se conformando com a imputação, a empresa autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 21 a 35.

O Fisco refuta a defesa apresentada, em Manifestação de fls. 53 a 55.

DECISÃO

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Consta do relatório anexo ao Auto de Infração que:

“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.

Em atendimento ao OF.DINF/SAIF/n.º 121/2005, de 07.01.2005, o Banco do Estado de São Paulo S/A, endereçou correspondência datada de 09.02.2005, à Secretaria de Estado da fazenda de Minas Gerais, informando que, como resultado da pesquisa, apurou que em sua agência 033/0303 não constam as autenticações questionadas no retromencionado ofício. O Banespa comunicou 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. As informações da citada casa bancária nos foram transmitidas pelo MEMO DINF/SAIF/n.º 943/2005, de 03.03.2005.

Os referidos documentos atestam a falsidade das seguintes notas fiscais e das GNRE que as acompanham: NF n.º 000602, de 10.06.2004; NF n.º 001.080, de 05.07.2004; NF n.º 001.097, de 16.07.2004; e NF n.º 001.100, de 18.08.2004, mediante as quais o Autuado deu entrada em seu estabelecimento em 20.000 litros de álcool hidratado, no valor total de R\$15.150,00, em operações que, em conformidade com o disposto no inciso I, do art. 149, da Parte Geral do RICMS (...) estão desacobertadas de documento fiscal, ensejando a lavratura do Auto de Infração em epígrafe”.

Acompanharam a peça acusatória todos os documentos nela mencionados:

- NF 000602 (fl. 07) – emitida, em 10.06.2004, 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 seja uma operação interestadual, não contém qualquer carimbo de PF;
- GNRE ref. a NF 000602 (fl. 08) – autenticação bancária – Banespa, de 10.06.2004;
- NF 001.080 e respectiva GNRE (fls. 09 a 10);
- NF 001.097e respectiva GNRE (fls. 11 a 12);
- NF 001.100 e respectiva GNRE (fls. 13 a 14);
- cópia do LRE (fls. 15 a 17);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- OF.DINF/SAIF/n.º 121/2005, de 07.01.2005 (fl. 18) – enviado, pela Diretoria de Informações Fiscais, à Supervisora do Banco Banespa S/A, em Santo André/SP;
- resposta do Banespa, datada de 09.02.2005 (fl. 19);
- Memorando MEMO/DINF/SAIF/ N.º 943/2005 (fl. 20) – dirigido, pela Diretoria de Informações Fiscais, a AF/Varginha → protocolo 0090743/11.90/2004/9, de 03.03.2005.

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 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, por não ser responsável pelo recolhimento do ICMS.

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 Selic para correção dos créditos lançados.

‘Data venia’, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além disso, nos termos do artigo 21, inciso VII, da Lei n.º 6.763/75, qualquer pessoa que, a qualquer título, recebe mercadoria desacobertada 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 do Impugnante de que não agiu com dolo ou má-fé não o 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”.

Importante mencionar que as GNREs apresentadas não podem ser consideradas pelo Fisco mineiro: 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 CTCRs, 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 000602, 001080, 001097 e 001100 e exigência de ICMS, MR e MI, devendo-se, entretanto, afastar a cobrança da majoração desta por reincidência. No caso em foco, não foi constatada reincidência. Os fatos que deram origem ao presente feito são anteriores à decisão administrativa mencionada - Acórdão: 16.063/04/2ª, de 26.10.2004.

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 de referidas multas, nos artigos 55, X, e 56, II, §2º, item 2, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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".

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) ressocializador 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 artigo 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:

"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 e Custódia (Selic), estabelecida pelo Banco Central do Brasil".

Tendo em vista que a aplicação da taxa 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 artigo 88, I, da CLTA/MG.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a majoração da Multa Isolada. 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/EJ

CC/MG