

Acórdão: 16.749/06/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010107298-36
Impugnante: Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda
Proc. S. Passivo: Simone Lopes Cavalcante/Outros
PTA/AI: 01.000139058-11
Inscr. Estadual: 367.335204.0010
Origem: DF/NCONEXT/SP

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ÁLCOOL HIDRATADO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatada falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS/ST, no período de 01/08/97 a 30/06/01, relacionados a saídas de álcool hidratado destinadas a contribuintes mineiros, tendo em vista descumprimento do disposto no art. 375 do RICMS/96, além dos Convênios ICMS nº 105/92 e 03/99. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%). Acolhimento parcial, pelo Fisco, das razões apresentadas pela Impugnante, excluindo-se do lançamento valores referentes a documentos fiscais já autuados em outro Auto de Infração, além de valores já comprovadamente recolhidos. Infração, em parte caracterizada. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS/ST, no período de 01/08/97 a 30/06/01, relacionados a saídas de álcool hidratado destinadas a contribuintes mineiros, tendo em vista descumprimento do disposto no art. 375 do RICMS/96, além dos Convênios ICMS nº 105/92 e 03/99. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 74/85.

O Fisco, em manifestação de fls.96/99, refuta as alegações da defesa.

Em 08/12/2.004, após Manifestação Fiscal de 11/03/2.002, o Fisco enviou à Autuada o Ofício SRE/SUFIS/DGP/NCONEXT-SP N.º 386/2004 (fls. 101), solicitando a apresentação de cópias das notas fiscais de saída de álcool, citadas no adendo à defesa do PTA 01.000139070.67, que estariam, também, relacionadas na planilha anexa a este trabalho fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com a apresentação das referidas notas fiscais (fls. 104/1.647), o Fisco reformulou o crédito tributário, conforme demonstrativo de fls. 1.648/1.703 e 1.706/1.712. O Fisco concedeu prazo de 10 dias à Autuada para pagamento do crédito remanescente, com as reduções legais cabíveis, o que, entretanto, não ocorreu.

Tendo em vista a apresentação de cópias de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE anexadas à Impugnação referente ao Termo de Re-Ratificação, o Fisco intimou a Autuada a apresentar os originais dos referidos documentos (fls. 1.760).

Com a apresentação das mencionadas guias (fls. 1.766/1.795), o Fisco reformulou novamente o crédito tributário, conforme demonstrativo de fls. 1.801/1.833, concedendo prazo de 10 dias à Autuada para pagamento do crédito remanescente, com as reduções legais cabíveis, o que, entretanto, também não ocorreu.

A Autuada retorna outra vez aos autos, anexando mais cópias de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE (fls. 1.858/1.886).

Diante disso, o Fisco intimou a Autuada a apresentar, de uma só vez, todo e qualquer documento que julgasse apropriado à defesa (fls. 1.888).

Assim, o Fisco reformulou mais uma vez o crédito tributário, conforme demonstrativo de fls. 1.903/1.934, concedendo prazo de 10 dias à Autuada para pagamento do crédito remanescente, com as reduções legais cabíveis, o que, entretanto, não ocorreu.

A Autuada retorna outra vez aos autos (fls. 1.936/1.954) com os mesmos argumentos das Impugnações anteriores.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 1.962, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 1.971/1.973 e juntada de documentos de fls. 1.965/1.969.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1976/1985, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulações do crédito tributário realizadas pelo Fisco.

DECISÃO

Reitera-se que a autuação versa sobre falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS/ST, no período de 01/08/97 a 30/06/01, relacionados a saídas de álcool hidratado destinadas a contribuintes mineiros, tendo em vista descumprimento do disposto no art. 375 do RICMS/96, além dos Convênios ICMS nº 105/92 e 03/99. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão.

DAS PRELIMINARES

Da alegação de incompetência do agente para efetuar o Lançamento

Incabível a alegação de nulidade do AI a pretexto de que o Fiscal Autuante não possui formação superior contábil e, por conseqüência, não se acha capacitado a produzir o lançamento.

O Decreto-Lei nº 9.205/46 invocado pela Impugnante apenas criou o Conselho Federal de Contabilidade e definiu as atribuições do Contador e do Técnico em Contabilidade.

O próprio CTN, no art. 194, prescreve que a legislação tributária é quem deve regular a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Eis que a Lei 6.763/75, em seu art. 201, estabelece a competência para fiscalizar:

Art. 201 - A fiscalização tributária compete à Secretaria da Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

§ 1º - Compete exclusivamente aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais e aos Fiscais de Tributos Estaduais o exercício das atividades de fiscalização e de lançamento do crédito tributário.

Não se conhece qualquer dispositivo legal que atribua a competência de fiscalizar e efetuar o lançamento de tributo de ofício a contabilista ou que a restrinja a servidor fiscal com formação superior em Ciências Contábeis.

A investidura em cargo público efetivo depende de aprovação em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo, na forma prevista em lei. Logo, é a lei do Estado de competência para instituir e cobrar o tributo que prescreve quais requisitos são necessários ao servidor competente para o exercício da atividade fiscalizatória e de lançamento de crédito tributário. Além do mais, não se olvide a disposição do CTN (art. 142) que atribui competência privativa à autoridade administrativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Não procede, portanto, a arguição de nulidade do Auto de Infração suscitada sob este fundamento.

Da alegação de cerceamento do direito de defesa

A Impugnante ventilou cerceamento de seu direito de defesa, tendo em vista a narração lacônica da suposta infração, não especificando com detalhes e clareza os pontos infringidos.

Ressalte-se que o relatório do Auto de Infração e documentos anexos descrevem, com clareza, todos os elementos essenciais arrolados no artigo 57 e 58 da CLTA/MG. Importante destacar que as planilhas anexas ao Auto de Infração relacionam as notas fiscais autuadas demonstrando o cálculo realizado para apuração do imposto devido.

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa foram respeitados, tanto que o sujeito passivo apresentou a sua Impugnação, de forma pormenorizada, mostrando que entendeu perfeitamente a acusação fiscal. Tanto isso é verdade que o Fisco aceitou parte das alegações da defesa, reduzindo o crédito tributário.

Assim, inexistente o cerceamento do direito de defesa argüido pela Impugnante.

DO MÉRITO

De início, cumpre informar que as questões levantadas pela Impugnante que versem sobre inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo não fazem parte da competência do Órgão Julgador, por óbice imposto pelo art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Cumpre enfatizar que a Autuada recebeu o Termo de Início de Ação Fiscal - TIAF n.º 116028 em 06/06/2001. Em decorrência das irregularidades, em 08/10/2001, lavrou-se o competente Auto de Infração, do qual a Autuada foi pessoalmente intimada em 15/10/2001, por intermédio do sócio-gerente. Portanto, correta a formalização do início da ação fiscal, nos termos do artigo 51 da CLTA/MG.

Ressalte-se que a lavratura do TIAF veda ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea. Assim, após início da ação fiscal, não há respaldo legal em conceder oportunidade ao sujeito passivo para sanar as irregularidades, ao invés de emitir o Auto de Infração.

A Impugnante, na hipótese dos autos, é substituta tributária, estando obrigada a reter e recolher o ICMS para este Estado, nos termos do artigo 372, II, "b" do Anexo IX do RICMS/96.

Com base na documentação apresentada, o Fisco promoveu o confronto entre os valores do ICMS/ST constantes nos respectivos documentos fiscais de saída e os valores recolhidos declarados na conta corrente (SICAF – Pagamentos por Contribuinte), além dos recolhimentos comprovados pelas GNRE apresentadas pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Saliente-se que as notas fiscais emitidas pela Impugnante trazem destaque a menor do imposto devido por substituição tributária, tendo em vista que a mesma aplicou indevidamente a margem de valor agregado inferior à correta, além de não ter efetuado o recolhimento do ICMS/ST para diversas operações.

A Autuada argumenta que efetuou o recolhimento do imposto de acordo com o Convênio ICMS 37/00. Este Convênio estabelece percentuais de margem de valor agregado para as operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo:

Cláusula primeira Para efeito do disposto nos incisos I e II do § 1º da **cláusula terceira** do Convênio ICMS 03/99, de 16 de abril de 1999, aplicar-se-ão os percentuais constantes nos Anexos I e II do presente convênio, na hipótese da refinaria de petróleo ou suas bases praticarem preço em que são consideradas no seu cálculo as seguintes alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, respectivamente:

(...)

§ 1º O disposto no caput aplica-se, também, na hipótese da distribuidora de álcool para fins carburantes, como tal definida e autorizada pelo órgão federal competente, exceto quando se tratar de álcool adicionado à gasolina, praticar preço em que são consideradas no seu cálculo as alíquotas de um inteiro e quarenta e seis centésimos por cento e seis inteiros e setenta e quatro centésimos por cento, para a contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, respectivamente.

§ 3º Na impossibilidade de aplicação, por qualquer motivo, dos percentuais previstos nesta cláusula para cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, prevalecerão as margens de valor agregado constantes nos Anexos I e II e, se for o caso, no inciso I do § 3º da **cláusula terceira**, todos do Convênio ICMS 03/99, de 16 de abril de 1999.

Preceitua o art. 375, do Anexo IX, do RICMS/96:

Efeitos de 01/07/1999 a 31/12/2001

Art. 375 - A base de cálculo do imposto, para o efeito de retenção, é:

(...)

II - na falta do valor a que se refere o inciso anterior, observado o disposto no inciso seguinte, o montante formado pelo preço estabelecido pela autoridade competente para as vendas efetuadas pelo substituto tributário, ou, em caso de inexistência deste, o valor da

operação, incluídos os valores correspondentes a impostos, frete, carreto, ainda que o transporte seja executado pelo próprio adquirente, seguros e demais despesas atribuídas ao destinatário, mesmo que cobradas por terceiros, adicionado, em ambos os casos, da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do seguinte percentual:

(...)

d - quando se tratar de álcool hidratado:

Efeitos de 01/09/1999 a 31/12/2001

d.1 - 50,11% (cinquenta inteiros e onze centésimos por cento), em operação interna;

d.2 - 77,34% (setenta e sete inteiros e trinta e quatro centésimos por cento), em operação interestadual;

Efeitos de 01/07/2000 a 31/12/2001

§ 8º - Nas operações com álcool hidratado, em cujo preço praticado pelos distribuidores estão incluídas as alíquotas de 1,46% (um inteiro e quarenta e seis centésimos por cento) de PIS/PASEP e de 6,74% (seis inteiros e setenta e quatro centésimos por cento) da COFINS, os percentuais previstos nas subalíneas "d.1" e "d.2" do inciso II deste artigo são, respectivamente, os seguintes:

1) 40,53% (quarenta inteiros e cinquenta e três centésimos por cento);

2) 64,90% (sessenta e quatro inteiros e noventa centésimos por cento).

Extrai-se dos dispositivos legais que, para efeito de determinação da margem de valor agregado a ser utilizada para a apuração da base de cálculo do ICMS/ST, torna-se essencial a comprovação da inclusão das alíquotas de 1,46% de PIS/PASEP e de 6,74% da COFINS nos preços praticados pelas distribuidoras.

A Impugnante assegura correta a aplicação do percentual de 64,90%, discordando do percentual de 77,34% exigido pelo Fisco. Porém, em nenhum momento demonstra que nos preços praticados em suas operações com álcool hidratado estão incluídas as alíquotas referentes a PIS/PASEP e COFINS.

Importante destacar que, em diligência solicitada pela Auditoria Fiscal, o Fisco intimou a Autuada a apresentar comprovantes do recolhimento do PIS e COFINS relativos às operações autuadas (fls. 1.967). Entretanto, a mesma não cumpriu a referida intimação, limitando-se apenas a ratificar as alegações anteriores (fls. 1.969).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A planilha de fls. 1.903/1.929 traz a relação de todas as notas fiscais autuadas, a margem de valor agregado utilizada e o cálculo do ICMS/ST. Do valor total do ICMS/ST apurado, foi abatido o valor total do ICMS/ST declarado na conta corrente e o valor total de recolhimento comprovado através das GNRE apresentadas pela Impugnante. Ressalte-se que a mesma não comprovou o recolhimento do ICMS/ST de todas as notas fiscais relacionadas na referida planilha.

Assim, a documentação trazida aos autos demonstra claramente a falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST.

No caso dos autos, a cominação da penalidade relativamente à Autuada (artigo 56, inciso II, § 2º, da Lei 6.763/75) está consoante com o princípio da Reserva Legal. Portanto, não há que se admitir o argumento de que a penalidade é exorbitante e de efeito confiscatório, pois a mesma foi calculada em observância e na forma da legislação vigente.

Concernente à ilegalidade da utilização da taxa SELIC, não obstante o disposto no citado art. 88, inciso I, da CLTA/MG, o art. 226 da Lei n.º 6.763/75 estabelece a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios e de correção de débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais. Para disciplinar tal norma legal, o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais exarou a Resolução n.º 2.880, de 13/10/97, estabelecendo a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios.

Corretas, pois, as exigências de ICMS/ST e MR (100%) lançadas no Auto de Infração e demonstradas às fls. 1.933/1.934.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1934. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e José Eymard Costa. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Luiz Henrique Novaes Zacarias.

Sala das Sessões, 09/03/06.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator