

Acórdão: 18.030/07/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010107299-17
Impugnante: Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda
Proc. S. Passivo: Simone Lopes Cavalcante/Outro(s)
PTA/AI: 01.000139070-67
Inscr. Estadual: 367.335204.00-10
Origem: DGP/SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEIS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS/ST, referente às operações com combustíveis destinados a contribuintes localizados neste Estado, incidente nas subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, resultando nas exigências de ICMS e Multa de Revalidação (100%) nos termos do inciso II, § 2.º, artigo 56 da Lei 6763/75. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, pelo Fisco, resultando em reformulação do crédito tributário. Infração, em parte, caracterizada. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST, referente às operações com combustíveis destinados a contribuintes localizados neste Estado, no período de mai/97 a mar/01, incidente nas subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, resultando nas exigências de ICMS e Multa de Revalidação (100%) nos termos do inciso II, § 2.º, artigo 56 da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 33/44, contra a qual o Fisco, em manifestação de fls. 55/58, refuta as alegações da defesa.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

Em 26.12.02, a Impugnante comparece aos autos (fls. 59/61), oportunidade em que alega equívocos no trabalho fiscal em relação às notas fiscais apontadas nas planilhas de fls. 63/138.

Em 14.12.04, o Fisco intima (fls. 139) a Impugnante a apresentar cópias das notas fiscais objeto dos equívocos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em 17.12.04, a Impugnante solicita (fls. 160/161) dilatação do prazo para apresentação dos documentos solicitados.

As notas fiscais objeto do trabalho foram anexadas às fls. 142/350.

Em 14.03.05, o Fisco promove a reformulação do trabalho excluindo parte das notas fiscais, conforme demonstrativos de fls. 354/364, resultando no Termo de Re-Ratificação de fls. 351, do qual a Impugnante é intimada às fls. 352.

Em 06.04.05, por intermédio dos procuradores substabelecidos, a Impugnante, apresenta nova Impugnação às fls. 367/385, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 392/408.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 412, para que o Fisco, à vista do disposto na legislação mencionada no Despacho, identifique a fonte dos preços da gasolina e a origem dos valores da base de cálculo utilizada para a apuração das exigências relativas ao óleo diesel.

O Fisco manifesta-se às fls. 414 e junta documentos elucidativos dos preços às fls. 418/421, fazendo novo Termo de Re-Ratificação do lançamento às fls. 415.

Intimada, a Impugnante não se manifesta.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 424/431, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do lançamento efetivada pelo Fisco.

DECISÃO

Confirmando o relatório, verifica-se que a autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST, referente às operações com combustíveis destinados a contribuintes localizados neste Estado, no período de mai/97 a mar/01, incidente nas subsequentes saídas desses produtos, em operação interna, resultando nas exigências de ICMS e Multa de Revalidação (100%) nos termos do inciso II, § 2.º, artigo 56 da Lei 6763/75.

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 sob o pretexto de que o Fiscal Autuante não possui formação superior contábil e, por consequência, não se acha capacitado a produzir o lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Decreto-Lei n.º 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 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 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 esse fundamento.

Da alegação de cerceamento do direito de defesa

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

Ressalta-se que o relatório do Auto de Infração e documentos anexos descreve, com clareza, todos os elementos essenciais arrolados nos artigos 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa foram respeitados, tanto que o Sujeito Passivo exerceu o seu direito em duas oportunidades: na inicial (fls. 33/44), quando apontou as divergências de forma pormenorizada (fls. 59/138); tanto isso é verdade que o Fisco aceitou parte das alegações da defesa, excluindo as notas fiscais conflitantes o que resultou em redução do crédito tributário. E no aditamento à inicial (fls. 367/390), quando o exerceu com igual zelo e propriedade, fazendo referências acerca da reformulação do trabalho e citando alterações ocorridas na legislação, demonstrando ter entendido perfeitamente a natureza da infração e da acusação fiscal.

Cumpram-se as formalizações que a Autuada recebeu o Termo de Início de Ação Fiscal - TIAF n.º 116028 em 06/06/2001. Em decorrência das irregularidades, em 10/10/2001, lavrou-se o competente Auto de Infração, do qual o Contribuinte foi pessoalmente intimado 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.

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

DO MÉRITO

Ressalta-se, que o objeto do trabalho fiscal consistiu na verificação sobre a regularidade do recolhimento do imposto devido por substituição – ICMS/ST -, nas operações de saídas de combustíveis (óleo diesel e gasolina) destinados a contribuintes situados neste Estado, ocorridas no período de 01.05.1997 a 31.03.2001, nas quais foi constatado que a Autuada, na condição de responsável tributário por substituição, deixou de recolher o ICMS/ST correspondente. Após as alterações procedidas pelo Fisco, o período fiscalizado passou a compreender de 18.05.1999 a 08.03.2001.

Conforme esclarece o Fisco, a princípio o trabalho foi baseado nas vias das notas fiscais recolhidas pela Fiscalização do trânsito de mercadorias. Posteriormente, à vista de divergências existentes entre as vias recolhidas no trânsito e as escrituradas pela Autuada (quantidade, valor, produto), o Fisco entendeu por bem solicitar as cópias das notas fiscais escrituradas nos livros fiscais e, a partir daí, os documentos que apresentavam divergências foram excluídos, prevalecendo as exigências apenas sobre as notas fiscais apresentadas, as quais se encontram anexadas às fls. 142/350 e relacionadas nas Planilhas de fls. 358/364.

Verifica-se nas referidas Planilhas demonstrativas que, após as alterações, as exigências remanescentes passaram a abranger, em relação à gasolina, o período de maio de 1999 a março de 2001 (fls. 358/360), e referente ao óleo diesel, de novembro de 1999 a março de 2001 (fls. 361/364).

Conforme se extrai do item IV, da 12ª Alteração Contratual (fls. 46/52), “A sociedade tem por objetivo social a exploração no ramo de: Distribuição de Combustíveis Líquidos Derivados de Petróleo, Álcoois Carburantes e Outros Combustíveis Automotivos”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A responsabilidade da Autuada, na condição de sujeito passivo por substituição, tem origem no Convênio 105/92, regra que foi mantida pelo Convênio 03/99.

No mesmo sentido a legislação mineira, nos termos do artigo 372, inc. II, alínea "b" do Anexo IX do RICMS/96, prescreve, na hipótese dos autos, que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, é atribuída, por substituição, à Distribuidora situada em outra Unidade da Federação, nas remessas dos produtos a este Estado.

Importa ressaltar que no corpo das notas fiscais emitidas pela Autuada, objeto do trabalho fiscal, constam informações relativas à "Base de Cálculo ICMS Retido:", bem como dos valores do "ICMS Retido:" (gasolina às fls. 142 a 232 e óleo diesel às fls. 233 a 350). Contudo, o que se constata é que, efetivamente, a Impugnante não recolheu o ICMS/ST, correspondente a tais operações.

Concernente à base de cálculo das operações, em atendimento à solicitação contida na Diligência de fls. 412, o Fisco esclarece às fls. 418/421 que no período fiscalizado, na composição da base de cálculo dos produtos em questão, foi observado o preço fixado em Portaria Interministerial, a qual, em relação ao óleo diesel remete para o preço praticado no Município de destino, e à gasolina, para o preço da gasolina "a", acrescido dos percentuais de agregação previstos no RICMS/96.

No que tange à base de cálculo nas operações com gasolina, até 30.06.99, a regra a ser observada está contida no inciso II do artigo 193 do Anexo IX do RICMS/96. No período de 1º/07/99 a 31/12/2001, tal matéria passou a ser disciplinada pelo artigo 375 inciso II do Anexo IX do RICMS/96, que manteve a mesma redação do dispositivo anterior. Eis o teor da regra:

Efeitos de 1º/07/99 a 31/12/2001 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07.

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

Efeitos de 14/09/99 a 31/12/2001 - Redação dada pelo art. 6º, I e vigência estabelecida pelo art. 15, ambos do Dec. 40.593, de 13/09/99 - MG de 14.

"I - o preço máximo ou único de venda a consumidor neste Estado, fixado pela autoridade competente, observado o disposto no § 1º;"

Efeitos de 1º/07/99 a 13/09/99 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07.

"I - o menor preço máximo de venda a varejo no Estado, fixado pela autoridade competente, observado o disposto no § 1º;"

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"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:

(...)

a - quando se tratar de gasolina automotiva:"

(...)

"a.2 - 195,09% (cento e noventa e cinco inteiros e nove centésimos por cento), em operação interestadual;" (g.n)

Verifica-se nas planilhas demonstrativas de fls. 358/360, que para apuração da quantidade do produto (gasolina), foi abatido o percentual de álcool anidro, que é adicionado à gasolina tipo "c" (24% ou 20% conforme o período) e, para efeito da apuração da base de cálculo do ICMS/ST, o Fisco observou corretamente os percentuais de agregação estabelecidos na legislação então vigente. Importa observar ainda que os valores da "base de cálculo" e "ICMS/ST" apurados pelo Fisco conferem com os constantes nas notas fiscais de fls. 142/232.

Em relação ao óleo diesel, a legislação então vigente prescrevia que a base de cálculo era o preço a varejo praticado no Município de destino (preço de bomba). Eis o teor da regra, além do *caput* transcrito acima:

Efeitos de 1º/07/99 a 31/12/2001 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07.

"b - quando se tratar de óleo diesel:"

(...)

Efeitos de 14/09/99 a 31/12/2001 - Redação dada pelo art. 6º, I e vigência estabelecida pelo art. 15, ambos do Dec. 40.593, de 13/09/99 - MG de 14.

"§ 1º - Na hipótese do inciso I, em relação ao óleo diesel, não havendo conhecimento prévio do destino final da mercadoria pelo sujeito passivo por substituição, será por este utilizado como base de cálculo o menor preço máximo de venda a consumidor neste Estado, fixado pela autoridade competente, ficando o estabelecimento distribuidor responsável pelo recolhimento do imposto correspondente:"

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"1) à diferença entre esse valor e o que for fixado pela autoridade competente para venda a consumidor no Município de destino;" (g.n)

Efeitos de 1º/07/99 a 13/09/99 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07.

"§ 1º - O estabelecimento distribuidor fica responsável pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre o valor de que trata o inciso I e o que for fixado pela autoridade competente para venda a varejo no Município de destino." (g.n)

Conforme se observa nas planilhas demonstrativas de fls. 361/364, o Fisco considerou, para efeito da base de cálculo nestas operações, "o preço máximo de bomba para a região", os quais correspondem aos informados pela própria emitente/Impugnante nas respectivas notas fiscais (fls. 233/350).

No caso dos autos, a cominação da penalidade relativamente à Autuada (artigo 56, inciso II, § 2º, da Lei 6.763/75) está consoante o princípio da Reserva Legal. Portanto, inadmissível 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.

Corretas, pois, as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%), nos termos do inciso II, § 2º, artigo 56 da Lei 6763/75, lançadas no Auto de Infração e demonstradas às fls. 354/357.

No que diz respeito à ilegalidade na utilização da taxa SELIC, não obstante o disposto no citado artigo 88, inciso I, da CLTA/MG, estabelece o artigo 226 da Lei n.º 6.763/75 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 àqueles prescritos para os débitos fiscais federais. Para disciplinar tal norma legal, a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais editou 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.

Logo, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação (100%), prevista no artigo 56, inciso II, § 2º, da Lei 6.763/75, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de ilidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame, observadas as alterações de fls. 351/364 e 415.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações do crédito tributário realizadas pelo Fisco às fls. 351/364 e 415. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Amélia Josefina A. Nogueira da Fonseca. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Paulo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Roberto Elias Mansur (Revisor), André Barros de Moura e Fausto Edimundo Fernandes Pereira.

Sala das Sessões, 06/03/07.

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente/Relator**

