

Acórdão: 16.827/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnações: 40.010111198-96 (Aut.), 40.010111408-28 (Coob.)
Impugnantes: Real Minas Petróleo Ltda (Aut.), Usina Monte Alegre S/A (Coob.)
Proc. S. Passivo: Tarcelio Santiago da Silveira Junior/Outro(s) (Aut.), Aziz Elias Siqueira Zenun (Coob.)
PTA/AI: 01.000142867-08
Inscr. Estadual: 479.734482.0052 (Aut.), 430.061329.0090 (Coob.)
Origem: DF/Passos

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COBRIGAÇÃO. Atribuída, ao fornecedor, coobrigação com responsabilidade pelo pagamento do ICMS DIFERIDO relativo às vendas de álcool hidratado à Autuada, que se absteria de efetuar-lo. Correta se afigura a coobrigação, entretanto, limita-se a mesma ao item 2.2 do Auto de Infração. Imputação parcialmente caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EXTRAVIO DE DOCUMENTO FISCAL. Devidamente comprovada nos autos a aquisição de álcool hidratado nos exercícios de 2001/2002, acusou-se a adquirente de extravio das respectivas notas fiscais emitidas pelo fornecedor, ante não exibição ao fisco, mediante intimação formal. Correta a imposição da MI de 40%, consoante art. 55, XII, da Lei 6.763/75.

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO PELO DESTINATÁRIO. Constatada a aquisição de álcool hidratado ao abrigo do diferimento, sobrepõe-se ao adquirente, Distribuidor, a obrigação de recolhimento do ICMS DIFERIDO englobadamente com o ICMS/ST pelas saídas, segundo disposição da legislação. Comprovados, todavia, o não recolhimento e a não escrituração das notas fiscais de compra no LRE, com exceção das notas fiscais, 104450, 105271 e 108121, que foram objeto de registro no LRE. Atribuída coobrigação ao fornecedor, por recusa em efetuar-lo, após intimação. Correta a exigência de ICMS/MR. Irregularidade parcialmente caracterizada.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - ÁLCOOL HIDRATADO. Sequer lançadas no LRE, bem assim extraviadas, as notas fiscais de aquisição de álcool hidratado, resulta lógica a imputação de saídas também desacobertadas e sem a retenção/recolhimento do imposto devido pelo Distribuidor, na qualidade de substituto tributário, segundo art. 372,"a", do Anexo IX do RICMS/96. Alegações impugnatórias improvas e frágeis à elisão do crédito tributário. Apropriadas as exigências de ICMS/ST, MR(100%) e MI (20%), salvo relacionadas com as notas fiscais 104450, 105271 e 108121, comprovadamente objeto de escrituração no LRE. Irregularidade parcialmente caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre extravio de notas fiscais de aquisição de álcool hidratado carburante, falta de recolhimento do ICMS diferido, incidente nessas operações, bem assim de respectivas saídas desacobertas, obviamente sem a retenção e sem o recolhimento do ICMS/ST.

Período autuado: janeiro/01 a outubro/02.

Atribuiu-se coobrigação ao fornecedor, USINA MONTE ALEGRE LTDA, após ter-se-lhe conferido o prazo de 30 (trinta) dias para recolhimento do imposto monetariamente atualizado.

Inconformadas, Autuada e Coobrigada, por intermédio de procuradores regularmente constituídos, interpõem Impugnações às fls. 831/843 e 772/775, respectivamente, comprovando pagamento das correspondentes taxas de expediente às fls. 844 e 776.

A Autuada alega que o trabalho fiscal partiu de premissas equivocadas, resultando em presunção de infrações e exigência de imposto e multas indevidas.

Argumenta que a simples emissão de nota fiscal pela Usina Monte Alegre Ltda não significa, por si, entrada de álcool hidratado no estabelecimento autuado e sua não escrituração. Cobrança de imposto com base nisto é o mesmo que exigir tributo com espeque em mera presunção e não no fato gerador, o que fere o caráter de vinculação legal da atividade lançadora.

Ressalta que os canhotos das notas fiscais não se encontram assinados, como inexitem comprovantes de entrega, mesmo porque "grande parte do produto" não foi recebida, donde a desobrigação de pagamento do imposto diferido e por ST, vez inexistentes correlatas saídas. Outrossim, se parte do produto não foi recebida, também não ocorreu extravio.

Diz que procura manter em dia sua escrita contábil e que os registros nos livros de Entradas, Saídas e RAICMS são prova de operações acobertadas e com imposto pago.

Assevera que, mesmo em relação à parcela do produto recebida, não prevalecem as exigências de ICMS diferido e por ST, por ser objeto de transferência para S. Paulo, porquanto não realize vendas do produto neste Estado. Ademais, em se tratando de mera transferência, não incide ICMS, conforme Súmula 166 do STJ.

Tocante as penalidades, considera-as inaplicáveis, por se tratarem de verba acessória, já que indevido o principal. Além disso, imputa-as confiscatórias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De igual modo, entende não aplicável a utilização da SELIC a título de juros moratórios, por ser ela de natureza remuneratória. Apenas por eventualidade, admite juros a 1%/mês.

Conclui, pedindo improcedência do lançamento.

A Coobrigada, USINA MONTE ALEGRE LTDA, à vez, alega eleição errônea de sujeito passivo, em conta ter praticado operações de venda de álcool hidratado ao amparo constitucional e legal do diferimento, por cujo instituto a obrigação de recolher o imposto é do destinatário.

Argüi inconstitucionalidade do artigo 21 da lei 6763/75.

Insiste em que, tendo laborado de boa-fé e estando a destinatária em situação regular perante o fisco ao tempo dos fatos geradores, não pode sujeitar-se à responsabilização que o fisco está a lhe impor.

Afirma possuir personalidade moral, constituir-se uma das maiores contribuintes mineiras e não se utilizar de subterfúgios para usufruir de benefícios.

Pede exclusão de seu nome do pólo passivo obrigacional.

O fisco, em manifestação de fls. 846/865, refuta as alegações da defesa.

Preambularmente, intenta relatar os fatos e alicerçar o procedimento fiscal e as exigências na legislação vigente.

Para o extravio de notas fiscais, transcreve o art. 16, II; 39, parágrafo único e 55, XII, da lei 6763/75, seguidos dos de n°s 96, II e III, 190 e 193 do RICMS/02.

Relativamente ao não recolhimento do imposto diferido, com atribuição de co-responsabilidade ao remetente, descreve o instituto do diferimento (art. 9º da lei; 7º, 8º, 11 e 13 do RICMS/02), explicitando que, na espécie, o imposto diferido deve ser recolhido pelo destinatário, englobadamente com o ICMS/ST, conforme item 40, "b", subitens 40.1 a 40.3 do Anexo II ao RICMS/O2.

Enfatiza que, se o destinatário não o fizer, o remetente responde solidária e subsidiariamente pelo imposto, de acordo com o art. 21, parágrafo único, item 5, da Lei 6763/75.

No que tange as saídas desacobertas de álcool hidratado, explicita ser uma decorrência lógica da falta de escrituração das notas fiscais de entrada e que, naturalmente, resultou em falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST, segundo comando do art. 364, § 1º, do RICMS/02.

O arbitramento, acresce, fez-se também alicerçado na legislação.

Afirma que as irregularidades encontram-se comprovadas nos autos, através das notas fiscais de venda de álcool pelo fornecedor (fls. 41/237), dos livros fiscais de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entradas da Autuada (fls. 364/527), dos comprovantes de pagamento (fls. 236/282), das notificações para apresentação de documentos (fls. 2/6) e para pagamento do imposto diferido (fls. 34/40). Logo, não se valida assertiva de que o fisco não juntou suporte probatório.

Em seguida, refutando alegações impugnatórias, argumenta que, quando a Autuada reconhece ter transferido para S. Paulo parte do produto entregue, está a admitir, mesmo parcialmente, comercialização com a Coobrigada. Portanto, extraviara documentos e promovera saídas a descoberto. Isso em conta, a controvérsia estaria adstrita ao valor do crédito.

O reconhecimento parcial, continua, determina-lhe o ônus de provar, o que nada fez.

Invoca o art. 110 da CLTA, 142 do CTN e jurisprudências administrativas em favor do feito.

Destaca que as penalidades (MR - 50%; 100% e MI) estão previstas na legislação, bem assim o emprego da SELIC (arts. 127 e 226 da Lei 6763/75 c/c Res. 2880/97).

Assegura que a co-responsabilidade imposta à Alienante (remetente) encontra suporte na Lei 6763/75, através do art. 21, parágrafo único, 5, e que, por se tratar de solidariedade, não comporta benefício de ordem.

Conclui, pedindo procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 866 a 873, opina pela procedência parcial do lançamento, para excluir ICMS/ST, MR em dobro e MI (20%) por saídas desacobertadas relativamente às notas fiscais 104450, 105271 e 108121, objeto de registro no LRE.

DECISÃO

Versa o trabalho fiscal sobre extravio de notas fiscais de aquisição de álcool hidratado, não recolhimento do ICMS diferido relativo às entradas e imputação de saídas desacobertadas e sem retenção/recolhimento do ICMS/ST.

Imputou-se coobrigação ao fornecedor, USINA MONTE ALEGRE LTDA, tangente a exigência de ICMS/MR pelas operações de venda à Autuada sob amparo do diferimento, vez que, comprovado o não recolhimento pela destinatária, fora intimada a fazê-lo, todavia, a tanto se recusando.

A controvérsia estabelecida não oferece dificuldades à elucidação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O trabalho fiscal apresenta-se de excepcional clareza, devidamente fundamentado na legislação, encontrando-se o PTA satisfatoriamente instruído.

Já o TIAF (fls. 02) prestou-se a intimar a Autuada a apresentar as notas fiscais de entrada de álcool hidratado, conforme listagem colhida junto ao fornecedor, no caso, a USINA MONTE ALEGRE LTDA, relativamente ao período compreendido de janeiro/01 a outubro/02.

A intimação não foi cumprida, o que autoriza o fisco a acusar a adquirente de **extravio** de notas fiscais.

A acusação procede. Excetuadas as notas fiscais de nºs 104450, 105271 e 108121, as demais sequer foram objeto de registro no LRE (conforme cópias juntadas aos autos), o que não significa que a destinatária (Autuada) não tenha recebido o produto, mesmo porque, o fisco comprovou nos autos (fls. 239/282) o pagamento da maior parte delas (depósitos *on line* ou cheques de emissão da destinatária), inclusive com declaração firmada pela Coobrigada (fls. 239).

Relevante assinalar que a Autuada, diante dos fatos, circunstâncias e provas, admite ter adquirido mas não recebido parte do produto, sob alegação de transferência direta para estabelecimento seu em S. Paulo.

Houve mera alegação, não acompanhada de provas.

Essa transferência direta é muito pouco provável, até porque dificilmente veículos transportando álcool hidratado passariam por barreiras fiscais mineiras e paulistas com notas fiscais destinadas a estabelecimento mineiro.

Outrossim, o correto seria a escrituração das notas de entrada e emissão de respectivas saídas. Entretanto, isso é simples conjectura, ante alegação sem provas.

Caracterizado o extravio, correta se afigura a imposição à Autuada, da penalidade do art. 55, XII, da lei 6763/75, segundo DCMM de fls. 25.

O argumento impugnatório, de que a emissão de notas fiscais consignando a Autuada como destinatária não significa aquisição e entrada da mercadoria no estabelecimento, fragiliza-se diante das provas carreadas, sobretudo da comprovação de pagamento.

É patente a obrigação, não só de escriturar, como também de manter os documentos fiscais pelo prazo quinquenal, consoante art. 16, II, da lei 6763/75.

A segunda acusação é a de **não pagamento do ICMS diferido** pelas aquisições de álcool hidratado. Tendo extravariado todas as notas fiscais de aquisição e, à exceção de 3 (três) delas, sequer escriturado, obviamente a Autuada não recolheu o ICMS diferido ao tempo da retenção e recolhimento do ICMS/ST por ocasião das saídas, mesmo porque saídas também a descoberto de documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A teor do item 43, "b", do RICMS/96 (40, "b", do RICMS/02), ocorre o diferimento do ICMS na saída de álcool hidratado da usina com destino ao distribuidor para o momento em que se der a retenção do imposto por ST e/ou da saída para fora do Estado, obrigando-se o recolhimento englobadamente com este (ST).

A documentação carreada aos autos pelo autuante é bastante para prova do não recolhimento do ICMS diferido, com exceção das 03 (três) notas fiscais que foram objeto de registro no LRE, notas fiscais nº 104450 (fl. 709), 105271 (fl. 712) e 108121 (fl. 732) para as quais não se pode afirmar que não tenha ocorrido o pagamento do imposto diferido. Assim ciente, intimou-se a remetente para que em 30 (trinta) dias o fizesse, conforme item 5 do parágrafo único do art. 21 da lei 6763/75 c/c art. 11 do RICMS/96 (e /02), dispositivos assim redigidos:

RICMS/96:

Art. 11 - O diferimento não exclui a responsabilidade do alienante ou remetente da mercadoria ou do prestador de serviço, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação.

Lei 6763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

Parágrafo único - Respondem subsidiariamente pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

(...)

5) na hipótese de diferimento do imposto, o alienante ou remetente da mercadoria ou o prestador do serviço, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação, caso em que, será concedido ao responsável subsidiário, antes da formalização do crédito tributário, o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do tributo devido, monetariamente atualizado, sem acréscimo ou penalidade.

O intimado, todavia, decidiu não recolher o imposto, motivo pelo qual foi arrolado coobrigado nos autos, relativamente às exigências correlatas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Face a legislação transcrita, bem como os procedimentos adotados, correta se afigura a coobrigação atribuída à Remetente das mercadorias, não se devendo excluí-la do pólo passivo obrigacional.

Por derradeiro, impende comento à acusação de **saídas desacobertadas** e, por conseqüência, de **falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST**.

A acusação deriva de nexos lógicos. Tendo havido aquisição de álcool hidratado (o que restou comprovado), porém extraviando-se as correspondentes notas fiscais, que sequer foram objeto de registro no LRE, à exceção das de nºs 104450, 105271 e 108121, obviamente que as saídas terão ocorrido sem notas fiscais e, evidentemente, sem retenção e sem recolhimento do ICMS/ST.

Qualquer alegação diversa haveria de ser provada, o que não se fez.

Quanto ao procedimento adotado para encontrar-se a BC e o valor do imposto não retido e não pago, o fisco o demonstra com propriedade e em conformidade ao disposto no art. 363, IV e § 2º do Anexo IX - RICMS/02 (idêntico ao art. 375, IV e § 2º do RICMS/96) à fl. 30, apresentando o PMPF à fl. 31.

Vale salientar a correção da BC para efeito da imposição da MI de 20% por saídas desacobertadas.

Quanto à MR, há de ser realmente em dobro, a teor do disposto no art. 55, § 2º, da lei 6763/75.

De fazer-se uma ressalva. Às fls. 854, diz o Autuante:

"Em relação à irregularidade do item 2.3, apontamos a falta de escrituração dos documentos fiscais comprovantes da realização das operações entre Autuado e Coobrigado. Conclusão lógica que o álcool hidratado, relativo aos documentos não escriturados, teve saída desacobertada de documentação fiscal própria e faltando com a retenção e recolhimento do ICMS sujeito a substituição tributária, com infração ao artigo 364 § 1º, do RICMS/02."

Como se verifica, das notas fiscais listadas como não registradas (fls. 37/40), três foram objeto de registro (104450 - fls. 709; 105271 - fls. 712 e 108121 - fls. 732). A conclusão de saídas desacobertadas e sem pagamento do ICMS/ST a elas não se aplica, impondo-se excluí-las, tanto da BC da ST quanto da BC da multa isolada por saídas desacobertadas.

No tocante às alegações de inconstitucionalidade e confiscatoriedade das multas aplicadas, bem como aplicação da SELIC a título de juros moratórios, desmerecem apreciação em foro administrativo, tendo em vista o disposto no art. 88 da CLTA/MG. Tanto as penalidades como o emprego da SELIC têm previsão legal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para limitar a responsabilidade da coobrigada ao item 2.2 do Auto de Infração, e ainda, excluir da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

base de cálculo das exigências dos itens 2.2 e 2.3 do Auto de Infração, os valores referentes às notas fiscais 104450 (fls. 709), 105271 (fl. 712) e 108121 (fl. 732), objeto de registro no LRE. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava parcialmente procedente, para além das alterações mencionadas, excluir a coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária. Participaram do julgamento, além dos signatários, e da Conselheira Vencida mencionada, o Conselheiro Windson Luiz da Silva (Revisor).

Sala das Sessões, 27/10/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator

CC/CMG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 16.827/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnações: 40.010111198-96 (Aut.), 40.010111408-28 (Coob.)
Impugnantes: Real Minas Petróleo Ltda. (Aut.), Usina Monte Alegre S/A (Coob.)
Proc. S. Passivo: Tarcelio Santiago da Silveira Junior/Outro(s) (Aut.), Aziz Elias Siqueira Zenun (Coob.)
PTA/AI: 01.000142867-08
Inscr. Estadual: 479.734482.0052 (Aut.), 430.061329.0090 (Coob.)
Origem: DF/Passos

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência reside apenas na oposição da Coobrigada – Usina Monte Alegre S/A no pólo passivo da obrigação tributária e decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades levantadas pelo trabalho fiscal no período de janeiro de 2001 a outubro de 2002:

- extravio de notas fiscais de aquisição de álcool hidratado carburante;
- falta de recolhimento do ICMS diferido, incidente nas operações cujas notas fiscais foram extraviadas;
- saídas desacobertadas de álcool hidratado carburante sem a retenção e o recolhimento do ICMS/ST.

Atribuiu-se coobrigação ao fornecedor, USINA MONTE ALEGRE LTDA, após ter-se-lhe conferido o prazo de 30 (trinta) dias para recolhimento do imposto monetariamente atualizado.

Inicialmente cumpre frisar a plena concordância com a exclusão da base de cálculo das exigências dos itens 2.2 e 2.3 do Auto de Infração dos valores referentes às notas fiscais 104450 (fls. 709), 105271 (fl. 712) e 108121 (fl. 732), objeto de registro no LRE pelos mesmos motivos expostos na decisão majoritária.

No que tange especificamente a Coobrigada - USINA MONTE ALEGRE LTDA, a mesma comparece aos autos alegando sua eleição errônea como sujeito passivo e pedindo sua exclusão do pólo passivo da obrigação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fundamenta seu pedido no fato de que praticou operações de venda de álcool hidratado ao amparo do diferimento, sendo que por tal instituto a obrigação de recolher o imposto é do destinatário.

Argüi ainda a inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75.

A Defendente sustenta também que, tendo agido de boa-fé e estando a destinatária em situação regular perante o fisco ao tempo dos fatos geradores, não pode sujeitar-se à responsabilização pela obrigação tributária exigida nos presentes autos.

Primeiramente, quanto a arguição de inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75, é importante lembrar que ao Conselho de Contribuintes é vedado negar a aplicação de dispositivo legal mineiro ou promover a declaração de sua inconstitucionalidade. Assim temos o artigo 88 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84 com as alterações anteriores, *in verbis*:

“Art. 88 - Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo;

II - a aplicação de equidade;

III - a apreciação de questões relacionadas com o valor de operações, bem como o correspondente débito de ICMS, fixados pelo fisco, na hipótese de regime de estimativa.” (grifamos)

No entanto, mesmo considerando-se o citado artigo 21 da Lei n.º 6.763/75 e o fato de que a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato, temos que a Coobrigada não poderia figurar no polo passivo da obrigação tributária quando um dos pontos fulcrais do lançamento em discussão reside no extravio de documentos fiscais. Note-se que mesmo as exigências relacionadas a saída desacobertada guardam estrito vínculo com o dito extravio.

Justifica o Fisco a propriedade da inclusão da Coobrigada em face de que, pelo TIAF (fl. 02), houve intimação para apresentação de notas fiscais de entrada de álcool hidratado, conforme listagem colhida junto ao fornecedor, no caso, a própria Coobrigada - USINA MONTE ALEGRE LTDA, relativamente ao período compreendido entre janeiro de 2001 e outubro de 2002.

A intimação não foi cumprida, o que autoriza o fisco a acusar a adquirente de extravio de notas fiscais, como efetivamente o fez, sendo inclusive corroborado tal entendimento pela decisão da Câmara que manteve as exigências e considerou correta a eleição da Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também foi intimada a Coobrigada que, todavia, decidiu não recolher o imposto, motivo pelo qual foi arrolada como tal no lançamento ora em discussão, relativamente às exigências correlatas.

No entanto, entendemos que não há nos autos elementos capazes de justificar a imputação fiscal de extravio à Coobrigada sendo portanto impossível a manutenção da mesma no pólo passivo da obrigação tributária.

Ademais o fato de intimá-la ao pagamento das exigências não permite por si só sua aposição no pólo passivo até mesmo porque, como ficou claro, a mesma não concorda com a imputação fiscal.

Diante disso, julgo procedente em parte o lançamento, para excluir da base de cálculo das exigências dos itens 2.2 e 2.3 do Auto de Infração, os valores referentes às notas fiscais 104450 (fls. 709), 105271 (fl. 712) e 108121 (fl. 732), objeto de registro no LRE e ainda excluir a coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária.

Sala das Sessões, 27/10/04.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**