

Acórdão: 13.959/00/2^a
Impugnação: 40.10057781-82
Impugnante: Comercial Oliveira e Pimenta Ltda
Coobrigado: Posto Santo Antonio Ltda
PTA/AI: 01.000126245-92
Inscrição Estadual: 073.543122.00-87 (Autuada)
Origem: AF/ Montes Claros
Rito: Ordinário

EMENTA

Mercadoria - Entrada Desacobertada - Nota Fiscal Inidônea - Constatado entradas de combustíveis acobertadas por notas fiscais reputadas inidôneas, conforme Ato Declaratório, hipótese em que a mercadoria é considerada desacobertada, nos termos do art. 149, inciso I do RICMS/96, parte geral. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento Procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a aquisição de combustíveis através das Notas Fiscais n^{os} 000031, 000040 e 000044, consideradas inidôneas conforme Ato n^o 13.062.115-01695 de 14/09/98. Exige-se ICMS, MR e MI.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 36 a 39, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 47 a 50.

A Auditoria Fiscal solicita diligência às fls. 81 para abrir vista dos autos ao sujeito passivo, o qual, intimado(fl.82/83) não se manifestou.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 85 a 91, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A exigência fiscal encontra-se consubstanciada na aquisição, pela Autuada, de combustíveis acobertados por notas fiscais reputadas inidôneas, mediante o Ato Declaratório de fls. 07.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada renega o que considera “aplicação retroativa” do ato, menosprezando seus efeitos, afirmando que não pode ser responsabilizada, uma vez que as notas fiscais foram emitidas em fevereiro e março de 1998 e o ato declaratório somente foi publicado em setembro/98.

No entanto, desconhece a Impugnante os procedimentos que antecedem a publicação no "Minas Gerais" de "Atos Declaratórios" de falsidade ou inidoneidade de documentos fiscais.

O "Ato Declaratório" decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, sendo providenciado nos termos do artigo 1º da Resolução n.º 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas nos incisos I a IV do artigo 3º da referida resolução. É um ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não criando nem estabelecendo coisa nova, ou seja, tende apenas a fazer a explicação de um fato ou afirmar a existência do que já existia - (conforme Vocabulário Jurídico, de Plácido e Silva). Possui, portanto, natureza jurídica declaratória, operando efeitos "ex tunc", retroagindo efeitos.

Assim, tais documentos fiscais foram objeto do Ato Declaratório de inidoneidade que visa, tão somente, reconhecer e dar publicidade ao fato existente, tendo efeitos retroativos à data em que tiveram inicialmente evidenciados os motivos que os tornaram inidôneos.

Neste sentido, elucidativa é a lição do Mestre Aliomar Baleeiro (*in, Direito Tributário Brasileiro, 11.ª ed., Editora Forense, Pág. 782*):

“Já o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (*ex tunc*).”

Deste modo, já no seu nascedouro os documentos fiscais inidôneos comportam vício insanável que lhes retira a qualidade finalística a que se propunham quando da sua emissão, esta, centrada no preenchimento das exigências tributárias com vistas à regularidade das operações a que se referem.

Por outro lado, os efeitos do ato declaratório poderão ser desconstituídos, mesmo após a sua expedição, desde que haja prova concludente de que o imposto tenha sido pago, no entanto evidencia-se nos autos que nenhuma prova foi trazida nesse sentido.

Além disso, a Resolução n.º 1.926/89 faculta ao contribuinte promover o recolhimento do imposto, monetariamente atualizado e acrescido de multa de mora, desde que assim proceda antes do início da ação fiscal, sendo que tal situação também não ocorreu no presente caso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O motivo que ocasionou a declaração de inidoneidade relativa aos documentos fiscais de *Posto Santo Antônio Ltda.* (fls. 07), foi o extravio, furto ou danificação de documentos fiscais, tendo sido, portanto, assim considerados, em função do disposto no artigo 134 inciso IV do RICMS/96, situação esta comprovada pelo “ALERTA À PRAÇA” que o posto Santo Antônio fez publicar em 11.03.97 no jornal Estado de Minas – ver documento de fls. 20 dos autos.

As mercadorias acompanhadas de documentos fiscais inidôneos, por sua vez, estão sujeitas aos mesmos efeitos obrigacionais tributários que subsistem quando evidenciado o seu desacobertamento total de notas fiscais, a teor do disposto no artigo 149 inciso I do decreto regulamentar:

“Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:
I - com documento fiscal falso ou inidôneo;
(...)”

Daí resulta que o recebimento de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em que o ICMS/ST deve ser recolhido pelo remetente, como no caso em apreço, terá a retenção e o recolhimento do imposto incidente prejudicado, tendo em vista que a irregularidade documental configura, por via reflexa, o descumprimento da obrigação tributária principal de recolher o tributo devido.

Em conseqüência, o ônus de comprovar a regularidade do recolhimento do imposto devido por substituição tributária cabe àquele que adquire mercadoria com nota fiscal falsa ou inidônea – o que, no presente caso, não se efetivou.

Resta, portanto, ao Estado, para reaver o que lhe é de direito, acionar a responsabilidade atribuída ao adquirente varejista pela falta de retenção e de recolhimento, por parte do remetente, do imposto devido por substituição tributária.

Tal responsabilidade encontra suporte no art. 29, § 1.º, do RICMS/96, que impõe ao varejista a obrigatoriedade pelo recolhimento do débito não satisfeito, nos prazos estipulados pela legislação tributária, tornando ineficaz o argumento da Autuada de que o Fisco teria incorrido em eleição errônea do sujeito passivo.

O argumento de que tal dispositivo não pode ser aplicado ao caso em questão por tratar-se de regra geral, não procede, tendo em vista que o artigo 29 reza que *em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto* e por sua vez o § 1º preconiza que *nas hipóteses do caput, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto, será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado.*

Somente uma regra específica dispensando expressamente esta obrigatoriedade no caso de tratar-se de operação com combustíveis e lubrificantes é que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

teria o condão de afastá-la; mas o que se constata é que não há, no Anexo IX, entre os dispositivos relativos a estas mercadorias, qualquer regra específica que promova tal dispensa.

Ao contrário, a aplicabilidade da regra geral está devidamente consubstanciada nos dizeres do § 3º do artigo 193, vigente à época, que determinava:

§ 3º - Na hipótese do § 1º do artigo 29 deste Regulamento, a base de cálculo será o valor médio de venda praticado pelo varejista nos últimos 10 (dez) dias anteriores à aquisição, sem a retenção do imposto

E conforme informa o Fisco em sua manifestação de fls. 47/50, esta é a base de cálculo utilizada no presente feito.

Observe-se que não é possível a utilização da base de cálculo proposta pela Impugnante, ou seja, que os cálculos sejam efetuados sobre a diferença entre o valor da operação própria e o valor de venda dos produtos, pois não é esta a previsão legal.

Além do mais, o valor calculado pelo Fisco em conformidade com a legislação não está exigindo da Impugnante o ICMS relativo à operação própria do remetente, como alega a Autuada, mesmo porque as operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes estão ao abrigo da não-incidência, por determinação constitucional – artigo 155, X, alínea “b” da CF/88.

O que o presente lançamento exige é o valor do imposto calculado sobre o valor da operação interna a ser realizada em território mineiro pelo varejista, ou seja, a venda do produto ao consumidor final.

O Fisco trouxe aos autos, ainda, farta documentação que comprova a ocorrência de inúmeras irregularidades relacionadas com a Autuada e seus fornecedores em diversas operações com combustíveis, sem que a mesma tenha sequer se manifestado a respeito, apesar de ter sido promovida a abertura de vistas em conformidade com as previsões legais que garantem ao sujeito passivo a mais ampla oportunidade de defesa, o que só confirma a condição de inidoneidade dos documentos, já devidamente atestada pelo Ato Declaratório.

Saliente-se que a regular atitude do Impugnante, cumprindo a obrigação acessória de efetuar o registro dos documentos fiscais inidôneos em sua escrita fiscal, não tem o condão de lhe retirar a responsabilidade pelo imposto que deveria ter sido retido e recolhido pelo remetente da mercadoria, e não o foi. Tais obrigações são distintas, ambas impostas pela legislação tributária, não sendo excludentes uma da outra, devendo ambas ser efetivamente observadas.

Restou demonstrado, portanto, que houve infração aos dispositivos legais cominados no Auto de Infração, nada tendo sido trazido aos autos pela Impugnante que pudesse descaracterizar o lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo os documentos fiscais datados de fevereiro e março de 1998, correta a aplicação da multa isolada prevista no artigo 55 inciso X, com a redação dada pela Lei 12.729 de 30.12.97.

A multa de revalidação aplicada inicialmente, na fase preparatória ao lançamento – fase de TO – foi aquela prevista no § 2º do artigo 56, tendo sido corretamente alterada pelo Fisco quando da formalização do lançamento através da lavratura do Auto de Infração, para aquela prevista no inciso II do artigo 56, uma vez que ao varejista não cabe obrigatoriedade de retenção de ICMS/ST, mas sim do recolhimento do imposto quando a retenção não for efetivada pelo remetente.

Com as alterações promovidas na CLTA/MG pelos Decretos n.º 40.058 de 18.11.98 e n.º 40.380 de 10.05.99, que extinguiram respectivamente o TO e a comunicação prévia dos dados da autuação ao contribuinte, as mesmas reduções das multas previstas na Lei 6763/75 para estas fases passaram a ser aplicáveis aos trinta dias após a intimação do AI, dispensando, portanto, a necessidade de comunicação específica ao contribuinte neste sentido.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora), Francisco Maurício Barbosa Simões e Cleomar Zacarias Santana.

Sala das Sessões, 08/11/00.

**Antônio César Ribeiro
Presidente/Relator**

ACR/EJ/JP