

Acórdão: 14.373/00/3^a
Impugnação: 40.10057782-63
Impugnante: Mercantil FC Ltda
Coobrigado: Posto Netuno Ltda
PTA/AI: 01.000126257-42
Inscrição Estadual: 433.844006.0045
Origem: AF/Montes Claros
Rito: Ordinário

EMENTA

Nota Fiscal - Desclassificação - Inidoneidade. Aquisição pelo Autuado de mercadorias acobertadas por documentos fiscais inidôneos, nos termos do art. 134-III do RICMS/96, emitidos pelo Coobrigado. Arguição pelo Impugnante de irretroatividade de vigência do ato declaratório e de eleição errônea do sujeito passivo. Constatação de que os atos declaratórios possuem efeitos *ex tunc*, uma vez que os atos jurídicos realizados são nulos desde seu nascedouro, e que as ações dos sujeitos passivos se enquadram perfeitamente na tipificação tributária do inciso X do art. 55 da Lei 6763/75. Infrações plenamente caracterizadas. Lançamento procedente, mantendo-se as exigências fiscais. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aquisição de mercadorias (combustíveis) através de notas fiscais inidôneas, conforme ato declaratório anexado aos autos.

Inconformada com as exigências fiscais, a **Autuada** impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 21/25), requerendo, ao final, a procedência da Impugnação, tendo recolhido a taxa de expediente conforme DAE de fls. 20.

Em sua defesa alega:

- que não mantém contrato de exclusividade com qualquer distribuidora de petróleo, adquirindo os produtos para comercialização de diversos fornecedores, levando em consideração a qualidade e o preço;

- que o combustível em referência foi adquirido da empresa Posto Netuno Ltda. na condição CIF e que todas as notas fiscais em apreço foram registradas em livro próprio, sendo que a de n.º 000221 traz o visto fiscal na primeira via;

- que não infringiu o dispositivo legal mencionado no AI (artigo 29, § 1º do RICMS/96), uma vez que adquiriu as mercadorias de contribuinte mineiro devidamente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inscrito, tendo repassado ao remetente a parcela do ICMS a título de substituição tributária, portanto ele é o responsável pelo recolhimento;

- que também não houve infração aos artigos 89-I, 96-XIII-XVII e 134-III do RICMS/96, tampouco ao artigo 21-XII da Lei 6763/75;

- que o único elemento probante utilizado pelo Fisco é o ato declaratório de n.º 13.186.110-02889 publicado no MG de 18.09.98, sendo que as razões que o motivaram são de ocorrência posterior às transações;

- que todas as notas fiscais em referência foram autorizadas pela SEF, estando revestidas de todas as formalidades legais;

- que atos declaratórios são normas complementares de lei, previstas no artigo 100-I do CTN, tendo sua vigência legal a partir de sua publicação conforme prevê o artigo 103-I, portanto a aplicação retroativa fere os artigos 105 e 106 incisos I e II, todos do mesmo diploma legal;

- que houve eleição errônea do sujeito passivo, uma vez que foi o alienante que promoveu a saída da mercadoria e a retenção do imposto, dele devendo ser exigido o tributo.

O **Fisco**, na Réplica de fls. 34/40, refuta as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

Aduz que a discriminação dos combustíveis e respectivas quantidades é aquela demonstrada na planilha de fls. 18.

Afirma que Autuado e Coobrigado faziam parte de um esquema em que tanto as notas fiscais do Posto Netuno quanto a de outras empresas eram utilizadas de maneira fraudulenta, esquentando combustíveis adquiridos em operações irregulares, portanto sem o recolhimento do ICMS/ST.

Anexa documentos comprovando a situação irregular do alienante (Posto Netuno), informando que outras autuações foram efetivadas em função da utilização irregular de notas fiscais de sua emissão, todas tendo como destinatários empresas do chamado “Grupo Guaicuí”, cujos sócios são membros da mesma família, evidenciando que não se trata de coincidência, mas sim de conluio.

Informa ainda que a venda de combustíveis por atacado de posto para posto é vedada pela ANP (Agência Nacional de Petróleo)

Descreve alguns fatos relacionados com outras notas fiscais de emissão de várias outras empresas que estariam envolvidas nas fraudes, anexando documentos comprobatórios às fls. 41/56

Observa que em nenhum momento Autuado e/ou Coobrigado comprovam o recolhimento do ICMS/ST nem a origem dos combustíveis que foram “esquentados” com as notas fiscais autuadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aduz que os documentos de emissão do Coobrigado foram declarados inidôneos conforme documentado nos autos, apesar do artigo 135, § único do RICMS/96, que determina que uma vez constatada a falsidade ou inidoneidade de documento fiscal, a ação fiscal independe de ato declaratório prévio que assim o tenha considerado.

Considera que com a publicação os contribuintes foram cientificados das irregularidades, tendo a oportunidade de providenciar a regularização junto ao fisco sem a incidência de penalidades e que não há que se falar em “efeito retroativo”, uma vez que o ato declaratório apenas reconhece uma situação pré-existente.

Não concorda que houve eleição errônea do sujeito passivo, tendo em vista as disposições contidas no § 1º do artigo 29 do RICMS/96.

Comenta, ainda, que a simples aposição de carimbo em documentos fiscais nem o seu registro nos livros da escrita fiscal significa o reconhecimento, pelo Fisco, de que os mesmos sejam idôneos.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal determinou a realização da Diligência de fls. 67, determinando a abertura de vistas face à juntada de documentos promovida pelo Fisco quando da manifestação fiscal, que foi providenciada conforme documentos de fls. 68/69.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 71/76, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

A exigência fiscal encontra-se consubstanciada na aquisição, pelo Autuado, de combustíveis acobertados por notas fiscais reputadas inidôneas, mediante o Ato Declaratório de fls. 06.

A Autuada renega o que considera “aplicação retroativa” do ato, menosprezando seus efeitos, afirmando que ele é o único elemento probante utilizado pelo Fisco para fundamentar a autuação.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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", ou seja, 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).”

Desse 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. Não obstante, 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.

O motivo que ocasionou a declaração de inidoneidade relativa aos documentos fiscais de *Posto Netuno Ltda.* (fls. 06), foi o encerramento irregular de atividades, tendo sido, portanto, assim considerados, em função do disposto no artigo 134 inciso III do RICMS/96.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - com documento fiscal falso ou inidôneo;

Nesses termos, considerando-se que não há comprovação da retenção do ICMS/ST relativamente à mercadoria em questão e constatando-se que a mesma estava sendo acobertada por documento fiscal inidôneo, além de considerar-se que o parágrafo primeiro do artigo 29 do RICMS/96 determina a responsabilidade do varejista no recolhimento do imposto relativamente à sua operação própria, nos casos em que receber a mercadoria sem a retenção do mesmo, legal e legítima é a exigência fiscal em relação à Autuada nos termos em que foi formalizada.

Dessa forma, competiria ao Destinatário/Atuado comprovar que o imposto relativo à sua operação própria já havia sido objeto de recolhimento em operação anterior para eximir-se de qualquer responsabilidade referente ao imposto da operação ora tributada. No entanto, o Autuado não produziu essa prova, continuando, por conseguinte, nos termos do dispositivo citado no parágrafo anterior, responsável pelo recolhimento do mencionado imposto além da responsabilidade advinda da utilização de documento inidôneo, nos termos do artigo 55, inciso X da Lei 6763/75.

Assim, afasta-se qualquer arguição por parte do Autuado relativa à eleição errônea do sujeito passivo tendente a responsabilizar exclusivamente o remetente, ora Coobrigado, pelo crédito tributário em comento.

De outro lado, assevera-se correta a eleição do remetente das mercadorias como Coobrigado do crédito tributário *sub examine*. Os documentos fiscais emitidos e considerados inidôneos nos termos do inciso III do artigo 134 do RICMS/96 foram autorizados para o mesmo pela SEF/MG/AF II de Contagem, em consonância com a legislação vigente.

Dentre as obrigações do contribuinte destaca-se a de comunicar à Repartição Fazendária o encerramento de atividades, providenciando-se o competente cancelamento dos documentos fiscais não utilizados. Cita-se, também, a obrigação de comunicar ao Fisco quaisquer irregularidades das quais tiver conhecimento.

No caso em tela, emitiram-se notas fiscais nas quais o emitente não se encontrava mais em atividade. Dessa forma, a responsabilidade referente às obrigações supracitadas é exclusivamente do Coobrigado. Não as tendo cumprido, remanesce, por conseguinte, solidariamente ao mesmo, responsabilidade pelas infrações imputadas pelo Auto de Infração em comento.

O Fisco trouxe aos autos, ainda, farta documentação que comprova a ocorrência de inúmeras irregularidades relacionadas com a Autuada 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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; importa observar que apenas o disposto no artigo 89 inciso I do RICMS/96 não se aplica ao caso em questão, por referir-se a mercadoria interceptada em trânsito sem documento fiscal, mas isto não prejudica a clareza do lançamento, conforme atesta a Impugnação apresentada, devendo ser considerado o disposto no § 1º do artigo 58 da CLTA/MG que dispõe que *as incorreções ou omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração e a pessoa do infrator ou responsável.*

Portanto, restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de eleição errônea do sujeito passivo. No mérito, também à unanimidade, julgou-se procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Cleusa dos Reis Costa e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 24/10/00.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator

/H