

Acórdão: 14.772/01/3^a
Impugnação: 40.010058835-12
Impugnante: Posto Alicate Ltda
Proc. S. Passivo: Geraldo Otoni Costa Filho
PTA/AI: 01.000134913-24
Inscrição Estadual: 459.808007.00-59
Origem: AF/Conselheiro Lafaiete
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - ENTRADA DESACOBERTADA - INIDONEIDADE. Aquisições de combustíveis acompanhados por notas fiscais inidôneas. Redução da MR ao percentual de 50% por se tratar de contribuinte varejista e exclusão da MI prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6763/75, por não se enquadrar à hipótese prevista. Concedido o prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão, para o recolhimento do ICMS devido, monetariamente atualizado e acrescido da multa de mora aplicável ao recolhimento espontâneo, excluindo-se, condicionalmente, a Multa de Revalidação. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS, MR (100%) e MI capitulada no artigo 55, II - a da Lei 6763/75, pelo recebimento de combustíveis acobertados por notas fiscais inidôneas, no período de 01/04/97 a 31/12/97.

A Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 53/66, aduzindo, em síntese, que os atos declaratórios emitidos pelo poder fiscalizante podem e devem ser considerados inócuos, desprovidos de qualquer eficácia legal, uma vez que se trata de atos estritamente unilaterais e revestidos de pura discricionariedade do poder público e que não existe qualquer ato declaratório de inidoneidade no que concerne a empresa “Trilub Comércio de Lubrificantes Ltda”. Ressalta que o produto comercializado pela Impugnante não sofre qualquer incidência do imposto, por estar alcançado pela substituição tributária. Que o imposto já foi retido e recolhido em etapa anterior. Transcreve legislação pertinente à matéria. Assegura que o estabelecimento remetente estabelecido em outra Unidade da Federação fica obrigado a reter e a recolher o tributo devido pelo contribuinte mineiro, adquirente. Afirma que os atos normativos somente entram em vigor na data de sua publicação e somente a partir dessa data é que produzem os efeitos de que lhe são

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

próprios. Diz que as notas fiscais foram corretamente emitidas, atendem todos os requisitos e o ICMS foi corretamente destacado e retido pelo emitente. Relaciona “cheques” e outros, e anexa documentos com intuito de comprovar a responsabilidade do “Sr. Januário de Oliveira”. Requer que seja declarada a eleição errônea do sujeito passivo e seja excluída a multa isolada constante no art. 55, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 6763/75, por errônea capitulação legal e a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 70/175, refutando as alegações da defesa, argumentando, em resumo, que a inscrição estadual da empresa “Trilub Comércio de Lubrificação Ltda” já se encontrava cancelada, conforme Diário Oficial do Rio de Janeiro de 25/02/97 e que o ato declaratório de inidoneidade foi publicado no Diário Oficial do Rio de Janeiro, em 07/07/99, e anexado à fl. 165, sendo reaberto prazo para o conhecimento da Impugnante. Salieta que em se tratando de nota fiscal inidônea (emitida após o cancelamento de inscrição), não há como atribuir a responsabilidade ao remetente da mercadoria que teve sua inscrição cancelada. Informa que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao destinatário, por força do art. 21, inc. VII, da Lei nº 6763/75. Assegura que é descabida a tentativa de vinculação da responsabilidade a um certo “Sr. Januário de Oliveira”. Diz que embora tenha capitulado a MI no art. 55, inc. II, “a”, ao invés do art. 55, inc. XXII, por engano, a Contribuinte não foi penalizada além do devido, pois em ambos dispositivos a multa isolada é calculada ao percentual de 20%. Requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal determina a abertura de vista ao sujeito passivo (fl. 181), em razão da juntada de documentos de fls. 179/180 que trata da publicação de inidoneidade dos documentos autuados pelo Estado de Minas Gerais.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 185/190, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

Preliminarmente, improcede a arguição de eleição errônea do sujeito passivo. O Capítulo XLIX do Anexo IX do RICMS/96 estabelece, no presente caso, o regime de substituição tributária: “ Das Operações relativas a Combustíveis, Lubrificantes e Outros Produtos”.

A responsabilidade pelo recolhimento da parcela do ICMS devida a este Estado é atribuída ao estabelecimento varejista que receber a mercadoria sem a retenção do imposto, conforme o disposto no art. 29, § 1º, do RICMS/96.

No mérito, foram imputadas entradas de mercadorias, sujeitas ao recolhimento do ICMS pelo regime de substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal (período de 01/04/97 a 31/12/97).

As notas fiscais destinadas à Impugnante e emitidas por “Trilub Comércio de Lubrificantes Ltda”, estabelecida no município de Três Rios-RJ, foram desconsideradas por se tratarem de documentos fiscais inidôneos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

São acostadas pela Impugnante cópias de cheques que não guardam referência com a exigência fiscal. São cheques pertencentes a pessoa física, assinados por Edson Benício Mapa o qual não apresenta qualquer relação com a autuação (fls. 145/147). Existem também um total de 11(onze) cheques (fls. 141/143) emitidos pela Autuada para a empresa Orgap - Organização Petroleira Ltda, para Distribuidora de Petróleo Guaiciu, para o Banco Real e para a sócia Regina Maria de Souza Biciati e dois para Januário de Oliveira. Não há nos autos nenhum pagamento para a emitente dos documentos fiscais autuados, ou seja, Trilub Comércio de Lubrificantes Ltda, que possibilitasse correlacionar o pagamento da operação de alguma nota fiscal declarada inidônea pelo Fisco do Estado do Rio de Janeiro e pelo Estado de Minas Gerais.

Consta ainda, uma procuração outorgada pelo sócio-gerente da Orgap Organização Petroleira Ltda. Todavia, este documento é totalmente despiciendo uma vez que também não guarda qualquer relação com os documentos autuados.

A Impugnante assevera que a Remetente das notas fiscais, objeto da autuação, teve existência legal e que devido o falecimento de um dos seus integrantes que esta passou a ser comandada pelo Sr. Januário de Oliveira porém, não anexa nenhuma documentação neste sentido.

Destarte, a documentação trazida aos autos pela Autuada é impertinente ao caso pois, a mesma contém dados de empresas e pessoas alheias ao processo. Ora, se o Contribuinte recebeu mercadorias acompanhadas de notas fiscais em nome de Trilub-Comércio de Lubrificantes Ltda tendo como origem o Estado do Rio de Janeiro, não há que se falar agora que foram emitidas por um terceiro. Ao receber as ditas notas fiscais, acaso não correspondessem à verdadeira operação, a Autuada deveria devolvê-las. Se as recebeu e escriturou como sendo de emissão da Trilub-Comércio de Lubrificantes Ltda não há que discordar agora da sua origem.

Outrossim, a documentação apresentada pela defesa para vincular o Sr. Januário de Oliveira como responsável pela fraude é imprópria e irrelevante pois não descaracteriza o fato oponível de que as operações foram realizadas mediante documentos inidôneos e portanto desacobertas de documentação fiscal.

Vale salientar que as notas fiscais, datas de emissão e valores de ICMS devidos encontram-se demonstrados conforme quadros de fls. 05/07 e anexadas às fls. 11/29, como também a resposta ao Avulso de Conferência nº 01.04.0011.99 (fl. 30) e a cópia da publicação no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro (fl. 31), no sentido de se demonstrar o cancelamento da inscrição estadual da empresa “Trilub Comércio de Lubrificantes Ltda” (documentos emitidos a partir de 25/02/97).

Igualmente, a declaração de inidoneidade publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, fl. 165, a cópia o ato declaratório de inidoneidade, publicado no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, fls. 179/180 .

Reiterando, é descabida a pretensão da Autuada de tentar se eximir da imputação fiscal sob o argumento de que a responsabilidade pela infração seria do Sr. Januário de Oliveira. Na eventual responsabilização do mesmo, esta questão deverá ser

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

resolvida na esfera judicial para apuração de culpa, e mediante ações regressivas exigir o ressarcimento dos valores pelos quais a Impugnante é legalmente a responsável tributária.

Posto isto, quanto ao ato de declaração de inidoneidade de documentos fiscais, é pacífico na doutrina os seus efeitos “ex tunc”, pois não é o ato em si que impregna os documentos de inidoneidade/falsidade, vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões.

O Ato Declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo, a qual somente visa tornar pública 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. Nesse sentido, possui natureza declaratória e não natureza normativa.

Em assim sendo, dispõe o artigo 149, inciso I, do RICMS/96, “*considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria com documento fiscal falso ou inidôneo”*.”

Nesse sentido, correta a exigência do ICMS-ST, em face da responsabilidade atribuída à Impugnante (estabelecimento varejista), nos termos do § 1º, do artigo 29, do RICMS/96:

“Art. 29 – 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, para a distribuição no Estado, sem a retenção do imposto.

§ 1º - 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”

Correta a exigência do ICMS-Normal (devido pelas operações anteriores), em face do disposto no art. 56, inc. III, do RICMS/96:

“Art. 56 – São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e acréscimos legais, inclusive por infração para a qual tenham concorrido por ação e omissão:

*III – a pessoa que, a qualquer título, **recebe**, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, **desacobertada de documento fiscal**”.*

Ademais, não se encontra inequivocamente evidenciado nos autos a efetiva origem das mercadorias.

Quanto a exigência da MR em dobro (art. 56, § 2º, da Lei nº 6763/75), em relação ao ICMS-ST, está incorreta uma vez que o estabelecimento varejista adquirente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não é o responsável pela retenção, mas sim pelo recolhimento no caso de receber a mercadoria sem a retenção do imposto.

E, relativamente a MI, a Impugnante foi autuada por receber combustível acobertado por notas fiscais inidôneas. A penalidade capitulada se refere à saída, entrega, transporte ou estoque desacobertos. Por conseguinte, deve ser cancelada por ausência de tipicidade.

Pelo exposto, o crédito tributário remanescente (adequação da MR-ST ao percentual de 50% e exclusão da MI), passa a ser o seguinte:

Referência:	ICMS:	MR:	MI:
30/04/97	2.210,20	1.105,10	-
31/08/97	4.158,00	2.079,00	-
30/09/97	6.467,53	3.233,76	-
31/10/97	14.723,55	7.361,77	-

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 e no mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, reduzindo a MR (Multa de Revalidação) relativa ao ICMS/ST ao percentual de 50% (cinquenta por cento) e excluindo a MI (Multa Isolada), devendo ainda, ser concedido o prazo de 30(trinta) dias, contados da ciência da decisão, para o recolhimento do ICMS devido, monetariamente atualizado e acrescido de Multa de Mora (não acrescido da MR), nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencidos os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Relator) e Antônio César Ribeiro que o julgava improcedente. Designada Relatora a Conselheira Cleusa dos Reis Costa (Revisora). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Geraldo Otoni Costa Filho e, pela Fazenda Estadual, a Dra. Nilber Andrade.

Sala das Sessões, 21/06/01.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Cleusa dos Reis Costa
Relatora

ES