

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 15.236/02/2.^a
Impugnação: 40.010102200-46
Impugnante: Sociedade de Petróleo Araújo e Oliveira Ltda.
PTA/AI: 01.000128968-43
Proc. S. Passivo: Jair Ferraz da Silva
Inscrição Estadual: 277.640990.0041
Origem: AF/Gov. Valadares
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEIS – MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL INIDÔNEA. Aquisições de combustíveis através de notas fiscais declaradas inidôneas, sendo as operações consideradas desacobertas de documentação fiscal, por força do art. 149, I, do RICMS/96. Responsabilidade do varejista mineiro, no tocante ao ICMS relativo à substituição tributária, prevista no art. 29, § 1.º, do mesmo Regulamento. Multa de revalidação exigida, capitulada no art. 56, § 2.º, da Lei 6763/75, adequada ao percentual de 50 %, nos termos do inciso II, do mesmo Artigo. Exigências fiscais parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre aquisições de combustíveis mediante utilização de notas fiscais declaradas inidôneas.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 17/26, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 50/57.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 63/70, opina pela procedência parcial do Lançamento, no sentido de se adequar o percentual da multa de revalidação a 50 % do valor do ICMS exigido, nos termos do disposto no art. 56, II, da Lei 6763/75

Em sessão realizado no dia 06/12/01, a 1.^a Câmara de Julgamento determinou a realização da Diligência de fl. 72, referente ao PTA 01.000122297-40, o qual possui estreito vínculo com este ora em análise.

Cumprida a Diligência, o PTA retornou à Auditoria Fiscal que, em seu novo parecer de fls. 2245/2248, ratificou seu posicionamento anterior, opinando pela procedência parcial do Lançamento, indicando, inclusive, o crédito tributário que deveria remanescer.

DECISÃO

Preliminar:

Mediante utilização da técnica de Levantamento Quantitativo e conferência de documentos fiscais, foi constatado pelo Fisco que o sujeito passivo acima qualificado havia dado entrada de combustíveis em seu estabelecimento sem a documentação fiscal correspondente, além de ter efetuado aquisições dos mesmos produtos através de notas fiscais declaradas inidôneas.

Feita a constatação, o Fisco lavrou o Auto de Infração n.º 01.000122297-40, no qual deveriam fazer constar todas as exigências fiscais relativas às irregularidades apuradas.

Entretanto, no que tange às aquisições de combustíveis mediante utilização de notas fiscais inidôneas, o Fisco exigiu no referido PTA somente a multa isolada prevista no art. 55, X, da Lei 6763/75, esquecendo-se das exigências do ICMS devido nas operações, bem como da multa de revalidação.

Assim, o presente PTA (01.000128968-43), é de natureza “complementar”, cujo crédito tributário refere-se, exclusivamente, ao ICMS e à multa de revalidação não inseridos no PTA original (01.000122297-40).

Embora pareça redundante, é importante acrescentar que o crédito tributário exigido neste PTA (01.000128968-43) não tem qualquer vínculo com as entradas desacobertas apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, apesar de terem sido acostados nestes autos documentos relativos à Diligência determinada pela 1.ª Câmara de Julgamento (fl. 72), que dizem respeito ao Levantamento Quantitativo.

Mérito:

Conforme já relatado, a presente autuação versa sobre aquisições de combustíveis através de notas fiscais declaradas inidôneas.

As exigências referem-se ao ICMS devido por substituição tributária, além da multa de revalidação prevista no art. 56, § 2.º, da Lei 6763/75, sendo que a multa isolada por utilização de documentos inidôneos, prevista no art. 55, X, da mesma Lei, foi exigida no PTA principal (01.000122297-40).

As notas fiscais estão acostadas às fls. 09/14, enquanto os Atos Declaratórios de inidoneidade a elas relativos encontram-se às fls. 05/06.

Os atos declaratórios, é cediço, apenas tornam pública uma situação preexistente. O Fisco constatando uma situação que já prevalecia, mediante diligência específica, proclama o fato através de Ao Declaratório. As notas fiscais não se tornam inidôneas pela declaração, mas sim pela irregularidade verificada a posteriori.

O Mestre Aliomar Baleeiro assim se posiciona acerca da matéria:

“ 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 declarado ou reconhecido (extunc)”.

(In Direito Tributário Brasileiro, 10ª Edição, Forense, pág. 503).

Assim, não é apropriado falar-se em irretroatividade do Ato Declaratório, emitido por Autoridade Fazendária competente.

É evidente que o Fisco só pode tomar conhecimento da prática de ação inidônea de determinado contribuinte no momento em que está sendo praticada ou depois.

O reconhecimento formal da inidoneidade do documento fiscal, só pode ocorrer depois do fato, porque, antes, existiria apenas uma intenção, que não chegaria ao conhecimento do Agente Fiscal e, se porventura chegasse, não poderia ser objeto de punição. O que o Fisco fez, na espécie, foi constatar, posteriormente, que a fraude havia sido cometida e isso proclamar através de Ato Declaratório.

Perceba-se que as notas fiscais foram declaradas inidôneas face ao extravio das mesmas, o que, de plano, já retira a confiabilidade dos dados nelas consignados, especialmente no tocante aos emitentes e aos aspectos relativos ao imposto devido nas operações.

Além disto, sendo inidôneos os documentos fiscais, as aquisições através deles realizadas são consideradas desacobertadas de documentação fiscal, a teor do disposto no art. 149, I, do RICMS/96, *in verbis*:

“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;”

Em tais casos, o varejista mineiro, no presente caso Sociedade de Petróleo Araújo e Oliveira Ltda., torna-se responsável pelo ICMS relativo às operações realizadas, a teor do disposto no art. 29, § 1.º, 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 distribuição no Estado, sem a retenção do imposto.

§ 1º - Nas hipóteses do **caput**, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto, será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado.” (G.N.)

Como a Impugnante não trouxe aos autos qualquer prova de que o ICMS devido por substituição tributária tenha sido retido e recolhido aos cofres públicos, correta se mostra sua eleição no pólo passivo da obrigação tributária, constituída pelo ICMS devido nas operações e pela respectiva multa de revalidação.

Os cheques acostados às fls. 304 e 307 (PTA 01.000122297-40) não se constituem em prova da retenção do ICMS/ST, evidenciando, apenas, que houve transações comerciais entre o emitente e os favorecidos.

Há que se fazer, entretanto, uma pequena ressalva relativa ao crédito tributário ora analisado: a majoração da multa de revalidação prevista no § 2.º, do art. 56, da Lei 6763/75, somente se aplica aos casos em que haja “*Falta de Retenção*” ou “*Falta de Recolhimento do Imposto Retido em Decorrência de Substituição Tributária*”.

“Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as reduções previstas nos itens 1 a 3 do § 9º do artigo 53.

(...)

§ 2º - Tratando-se de crédito tributário por não-retenção ou de falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária, as multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no inciso II deste artigo.” (G.N.)

Portanto, tal majoração somente é imputável ao remetente da mercadoria, uma vez que era deste a responsabilidade pela retenção do ICMS devido a este Estado.

Considerando-se que os dispositivos legais que cominam penalidades devem ser interpretados de maneira “restritiva”, não se estendendo a terceiros penas de caráter subjetivo, não deve o estabelecimento varejista mineiro (Impugnante) responder pela referida majoração.

Desta forma, deve a multa de revalidação ser adequada ao percentual de 50 % (cinquenta por cento), conforme previsão contida no inciso II, do artigo acima transcrito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por oportuno, resta salientar que a Auditoria Fiscal indica o crédito tributário remanescente à fl. 2248, uma vez que também opinava pela mesma adequação.

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

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para adequar a MR ao percentual de 50 %. Vencido, em parte, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, que excluía, também, as exigências relacionadas às notas fiscais cujos cheques (fls. 304 e 307 do PTA n.º 01.000122297-40) comprovam os pagamentos das operações comerciais. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Jair Ferraz da Silva e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 21/11/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

José Eymard Costa
Relator

MG