

Acórdão: 15.289/03/2.^a
Impugnação: 40.010106425-36
Impugnante: JF Comércio de Combustíveis Ltda.
Proc. S. Passivo: Amanajós Pessoa da Costa/Outro(s)
PTA/AI: 01.000139226-43
Inscrição Estadual: 062.076675.0034
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEIS - ENTRADA DESACOBERTADA - NOTA FISCAL INIDÔNEA – Aquisições de gasolina mediante utilização de notas fiscais declaradas inidôneas. Mercadoria considerada desacobertada de documentação fiscal, a teor do disposto no art. 149, I, do RICMS/96. Responsabilidade do varejista mineiro, relativamente ao imposto devido a este Estado, prevista no art. 29, § 1.º, do mesmo diploma legal. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação de que a Autuada deixou de recolher, na condição de responsável tributário, no período de dezembro/2000 a março/2001, o ICMS/ST devido pela aquisição de 140.000 litros de gasolina C desacobertada de documentos fiscais, visto que as notas fiscais utilizadas foram declaradas inidôneas, conforme Atos Declaratórios de Inidoneidade n.º 13.062260-01235 e n.º 13.062260-01280.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 53/65, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 75/80.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 84/91, opina pela procedência do Lançamento.

Em sessão realizada no dia 20/06/2002, a 2.^a Câmara de julgamento determina a realização da Diligência de fl. 94.

Atendendo à determinação, o Fisco presta os esclarecimentos de fl. 97 e anexa os documentos de fls. 98/168.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Regularmente notificada sobre os documentos juntados pelo Fisco, a Impugnante comparece aos autos trazendo as observações de fls. 172/174, contra as quais o Fisco apresenta sua tréplica de fls. 176/177.

Por fim, a Auditoria Fiscal, após analisar os documentos juntados em função da Diligência, em parecer de fls. 179/185, ratifica seu posicionamento anterior, opinando mais uma vez pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

PRELIMINAR

A Impugnante argúi a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que o Fisco não teria anexado aos autos os Atos Declaratórios de Inidoneidade aos quais faz referência e os elementos e documentos que os embasaram, o que teria cerceado sua defesa, haja vista a impossibilidade do cotejamento das notas fiscais “paralelas” (inidôneas) com aquelas regularmente impressas.

Observe-se, no entanto, que os Atos Declaratórios reclamados estão apensados às fls. 17 e 21 dos autos, ambos acompanhados das notas fiscais a que fazem alusão.

Confrontando-se as notas fiscais objeto da autuação, com a motivação de cada Ato, percebe-se, nitidamente, que as mesmas encontram-se impregnadas dos erros/omissões descritas nos referidos Atos.

Este fato, aliado à emissão do Auto de Infração com total observância das normas contidas no art. 57, c/c art. 58, da CLTA/MG, já afastariam, por completo, a nulidade argüida.

Não obstante, decidiu a 2.^a Câmara de julgamento, em sessão realizada em 20/06/02, em determinar a realização da Diligência de fl. 94, através da qual, além de ser satisfeita a pretensão da Impugnante, vieram aos autos maiores esclarecimentos quanto à base de cálculo adotada pelo Fisco, para fins de obtenção do ICMS exigido no presente PTA.

Assim, se dúvidas pairavam, após a providência determinada pela Egrégia 2.^a Câmara, estas foram todas dissipadas, conforme se verá na análise de mérito da presente lide.

Mérito:

O presente litígio versa sobre falta de recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária, referente às aquisições efetuadas pela Autuada, no período de dezembro/2000 a março/2001, de combustível derivado do petróleo (gasolina), num total de 140.000 litros, acobertadas por notas fiscais declaradas inidôneas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo inidôneas as notas fiscais, as aquisições são consideradas desacobertas de documentação fiscal, tendo em vista o disposto no art. 149, I, do RICMS/96.

"Art. 149 - Considera-se desacoberta, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

I - com documento fiscal falso ou inidôneo;"

Em casos da espécie, inexistindo prova do recolhimento do imposto devido a este Estado, relativo às operações realizadas, o varejista mineiro (Impugnante), a teor do disposto no art. 29, § 1.º, do RICMS/96, responde pelo tributo devido ao erário.

"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 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.)

Respalado na referida norma, o Fisco está a exigir da Autuada o ICMS não recolhido, acrescido da multa de revalidação e da multa isolada, previstas no art. 56, II, e 55, X, ambos da Lei 6763/75.

"Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:

(...)

X - por emitir ou utilizar documento fiscal falso ou inidôneo: 40% (quarenta por cento) do valor da prestação ou da operação, cumulado com estorno de crédito, na hipótese de sua utilização, salvo, nesse caso, prova concludente de que o imposto correspondente tenha sido integralmente pago;" (G.N.)

Feitas estas considerações e para melhor visualização, a presente Decisão será abordada por tópicos, todos eles pertinentes à matéria.

Dos Atos Declaratórios:

Os Atos Declaratórios de Inidoneidade, decorrem de diligências fiscais especialmente efetuadas, nos termos da Resolução 1.826/89, com o fito de investigar a real situação dos contribuintes emitentes dos documentos fiscais, e das operações por eles praticadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os documentos declarados inidôneos, nos termos da Resolução nº 1.926/89, ao serem emitidos, já **nascem inquinados de vício substancial insanável**, característica que lhes retira toda a eficácia formal.

Neste sentido, assim nos ensina o mestre Aliomar Baleeiro:

“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)”.
(Direito Tributário Brasileiro, 1977 - 459)

No caso presente, os Atos Declaratórios foram emitidos em função de que as notas fiscais relativas às operações eram “paralelas”, sendo que as diferenças tipográficas e de grafia de palavras nelas constantes e nas regularmente emitidas, encontram-se arroladas nos Atos de fls. 17 e 21.

Tais Atos, em respeito ao princípio da publicidade, foram publicados no Diário Oficial do Estado em 22/05/2001 e 27/07/2001, respectivamente, datas anteriores à ação fiscal (30/10/2001). Neste interregno, poderia a Impugnante utilizar-se do benefício da denúncia espontânea, hipótese em que recolheria o imposto devido ao Estado, acrescido, exclusivamente, da mora aplicável. Assim não agindo, sujeitou-se às penalidades ora exigidas.

Da anexação dos documentos que motivaram os Atos Declaratórios:

Em cumprimento à Diligência determinada pela 2.^a Câmara de julgamento, o Fisco juntou aos autos (fls. 98/168), os documentos que embasaram a emissão dos Atos Declaratórios de Inidoneidade relativos às notas fiscais objeto da presente autuação.

Relativamente ao Ato de n.º 13.062.260-01235 (fl.17), destacam-se os seguintes elementos:

- 1) Declaração da empresa Cruzeiro do Sul Distribuidora de Combustíveis Ltda. (fl. 124) de que as notas fiscais de n.ºs 8.602 e 9.799, foram emitidas para documentar vendas de gasolina para “Auto Posto Verdes Mares Ltda.” (São Paulo – SP) e “Auto Posto N. S. de Fátima de Tatui Ltda. (Tatui – SP), conforme cópias de fls. 128/129;
- 2) As notas fiscais “paralelas”, de mesma numeração (fls. 126/127), têm como destinatário “A. C. Comércio de Combustíveis Ltda.” (Belo Horizonte – MG);
- 3) Comparando-se a 1.^a via da nota fiscal n.º 9799 (“paralela” – fl. 126), com a de mesma numeração, regularmente emitida (verdadeira - fl. 129), são verificadas as diferenças tipográficas descritas no Ato Declaratório (fl. 17). Conclui-se, portanto, que não há dúvidas quanto à inidoneidade das notas fiscais de n.ºs 8.845, 8.598 e 9.966

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(fls. 18 a 20), autuadas pelo Fisco, pois estas pertencem à mesma AIDF (n.º 002838) e apresentam as mesmas diferenças tipográficas citadas no Ato Declaratório.

Quanto ao Ato de n.º 13.062.260-01280 (fl.21), pode-se destacar:

- 1) A declaração da empresa “Fórmula Brasil Petróleo Ltda.” (fl. 141), afirmando que as NF de n.ºs 49.740, 49.908, 49.910, 49.933, 49.996, 50.063, 50.555, 50.232, 50.338, 50348, 50.627 e 50.842, que se encontravam em poder da SEF/MG (“paralelas” – fls. 142, 146, 148, 150, 154, 156, 158, 160, 162, 164 e 166) não eram de sua emissão;
- 2) Sem muito esforço, percebe-se em tais documentos, no quadro reservado à informação do “destinatário/remetente”, a palavra “distrito” grafada como “**destrito**” e, no campo logo abaixo da informação “frete por conta” a ausência da palavra “**município**”, em todas elas constando AIDF n.º 007557, exatamente como descrito no Ato Declaratório de fl. 21;
- 3) Nas notas fiscais regularmente emitidas pela empresa declarante (verdadeiras – 2.^a via – arquivo fiscal - fls. 145, 147, 149, 151, 153, 155, 157, 159, 161, 163, 165 e 167) não há o erro ou a omissão acima descrita, embora possuam o mesmo n.º de AIDF;

Conclui-se, portanto, que não há dúvidas quanto à inidoneidade das notas fiscais objeto da autuação. Além disto, com a anexação destes documentos, a Impugnante pôde visualizar todas as diferenças tipográficas existentes entre os documentos regularmente emitidos (verdadeiros) e os falsos (paralelos).

Da base de cálculo do ICMS/ST:

Primeiramente, há que se fazer um esclarecimento relativamente ao item “3”, da Diligência de fl. 94, onde a 2.^a Câmara solicitou ao Fisco que demonstrasse que a base de cálculo utilizada para fins da exigência do ICMS/ST (R\$ 2,17/litro) era compatível com os valores “praticados” à época dos fatos geradores.

O termo “praticados” foi utilizado não no sentido do preço de bomba da gasolina pois, embora o instituto da substituição tributária tenha como pressuposto básico que a tributação recaia sobre os preços de varejo da mercadoria, nem sempre isto acontece. Há momentos em que o imposto incide sobre preços superiores aos de mercado e em outros à menor.

Neste sentido, estabelece o § 10.º, do art. 22, da Lei 6763/75, que o imposto recolhido por ST é definitivo, não ficando o contribuinte responsável por recolhimento de eventual diferença, ou o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, exceto quando o fato gerador presumido não se realizar.

“Art. 22 – Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

§ 10 – Ressalvada a hipótese prevista nos §§ 11 e 12 deste artigo, o imposto corretamente recolhido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:

- 1) o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;
- 2) o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria."

Portanto, o termo "preços praticados" deve ser analisado sobre a ótica da substituição tributária, ou seja, se a base de cálculo utilizada pelo Fisco encontrar respaldo na legislação vigente à época dos fatos geradores, correto estará o feito fiscal.

Neste sentido, atendendo à solicitação da 2.^a Câmara, o Fisco prestou os esclarecimentos contidos à fl. 97, além de anexar normas relativas à matéria.

O procedimento adotado pelo Fisco (fl. 13), para obtenção da base de cálculo da gasolina "C", pode ser assim resumido:

- 1) Como preço de partida, foi adotado o valor do litro da gasolina "A" na refinaria (substituta tributária na operação original – refinaria/distribuidora), estipulado pela Portaria Interministerial 417/2000, anexada à fl. 98 (R\$ 0,9949 o litro – valor sujeito à incidência do ICMS);
- 2) Este valor foi multiplicado por 0,80 (a gasolina "C" é obtida através da adição de 20 % - vinte por cento - de álcool anidro à gasolina "A"), resultando em R\$ 0,7959 por litro;
- 3) A este valor, foi agregado o percentual de 172,65 %, conforme previsão contida no art. 375, II, "a2", do Anexo IX, ao RICMS/96, c/c Convênio ICMS 03/99 (ver Decreto 41.549/2001 – fl. 105);
- 4) Ao total assim obtido (R\$ 2,1701), foi aplicada a alíquota interna.

Pois bem. Para sanar qualquer dúvida, serão transcritas as disposições contidas no Convênio ICMS 03/99, relativamente à matéria:

CAPÍTULO III

DAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO EM QUE O IMPOSTO TENHA SIDO RETIDO ANTERIORMENTE

Seção I

Das Disposições Preliminares

Redação original, efeitos de 26.04.99 a 31.12.01

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cláusula sétima: O disposto neste capítulo aplica-se:

I - às operações interestaduais realizadas por distribuidora de combustíveis ou TRR com combustíveis derivados de petróleo em que o imposto tenha sido retido anteriormente por refinaria de petróleo ou suas bases;

.....

Seção III

Das Operações Realizadas por Distribuidora de Combustíveis ou Importador

Cláusula décima: A distribuidora de combustíveis ou o importador que promover operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, cujo imposto tenha sido retido anteriormente, deverá:

I - indicar no campo "INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES" da Nota Fiscal a seguinte expressão: "ICMS retido a ser pago nos termos da cláusula décima primeira do Convênio ICMS 03/99";

II - registrar, com a utilização do programa aprovado pela COTEPE/ICMS, os dados relativos a cada operação;

III - entregar as informações relativas a essas operações, na forma e prazos estabelecidos no Capítulo V:

Omissis"

.....

CAPÍTULO V

Das Informações relativas às operações interestaduais com combustíveis

Cláusula Décima Quinta: Com base nos dados informados pelos contribuintes e nas tabelas anexas a este convênio, o programa de computador, aprovado pela COTEPE/ICMS, calculará o imposto cobrado em favor da unidade federada de origem da mercadoria e o imposto a ser repassado em favor da unidade federada de destino decorrente das operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, bem como a parcela do imposto incidente sobre o álcool etílico anidro combustível destinada à unidade federada remetente desse produto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - Para o cálculo do imposto a ser repassado em favor da unidade federada de destino dos combustíveis derivados de petróleo, o programa:

I - tratando-se de mercadorias destinadas à comercialização:

a) adotará o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente;

Redação original, efeitos até 31.08.02

b) não existindo preço máximo ou único de venda a consumidor, adotará como preço de partida o valor unitário utilizado pelo sujeito passivo por substituição na operação original, dele excluído o respectivo valor do ICMS e adicionará a esse valor o valor resultante da aplicação do percentual da margem de valor agregado à operação interestadual, estabelecido para o sujeito passivo por substituição;

c) multiplicará o preço obtido na forma das alíneas anteriores pela quantidade do produto;

(...)

III - aplicará, sobre o resultado obtido na forma dos incisos anteriores, a alíquota vigente para as operações internas com a mercadoria na unidade federada de destino.

Redação original, efeitos de 26.04.99 a 30.09.02.

§ 2º Tratando-se de gasolina, da quantidade do produto referida nos incisos I e II do parágrafo anterior, será deduzida a parcela correspondente ao volume de álcool etílico anidro combustível a ela adicionado, se for o caso.

Da análise dos dispositivos acima transcritos, depreende-se que o procedimento adotado pelo Fisco para fins de obtenção da base de cálculo da gasolina "C" está em perfeita consonância com o parágrafo primeiro, da Cláusula Décima Quinta, do Convênio ICMS 03/99 (reproduzida no art. 397, do Anexo IX, ao RICMS/96).

Considerações finais:

Com relação à aplicação da taxa SELIC, segundo o disposto nos artigos 127 e 226, da Lei n.º 6.763/75, para a correção de débitos estaduais e para o cálculo dos juros moratórios, devem ser observados os mesmos critérios adotados para os débitos fiscais federais.

A Resolução n.º 2.880, de 13/10/97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabeleceu em seu art. 1.º que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

os créditos tributários, cujos vencimentos ocorressem a partir de 1º de janeiro de 1998, seriam expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, seriam acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Tendo em vista que a aplicação da taxa SELIC para correção de créditos tributários está prevista na legislação tributária, não compete ao CC/MG negar a sua aplicação, nos termos do art. 88, inciso I da CLTA/MG.

Assim, o feito fiscal demonstra-se correto, sendo legítima a exigência do crédito tributário dele oriundo, constituído pelo ICMS/ST, multa de revalidação e da multa isolada prevista no art. 55, X, da Lei 6763/75.

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, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Amanajós Pessoa da Costa e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Osvaldo Nunes França. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Carlos Wagner Alves de Lima (Revisor), Antônio César Ribeiro e Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 17/02/03.

José Eymard Costa
Presidente/Relator

MG