

Acórdão: 3.043/05/CE Rito: Sumário
Recurso de Revisão: 40.060114180-90
Recorrente: Saba Transportes Ltda.
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Coobrigado: MLC de Souza & Cia Ltda.
Proc. S. Passivo: Joaquim José Fontes
PTA/AI: 02.000206649-46
CNPJ: 25148545/0003-32 (Aut.)
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO – DIVERGÊNCIA DE OPERAÇÃO. Nos termos do Inciso II, artigo 134 do RICMS/02, é inidôneo o documento fiscal que contenha informações que não correspondam à real operação. No caso, as mercadorias descritas na nota fiscal foram produzidas em data posterior àquela consignada no documento fiscal, que, conseqüentemente, não corresponde à operação interceptada. Corretas as exigências de ICMS, MR e MI. Recurso de Revisão não provido. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte de mercadoria desacobertada de documento fiscal hábil, face a constatação de que os produtos (vinhos) foram produzidos em 14/11/2003, enquanto a nota fiscal n.º 007561 e o CTRC n.º 052246 foram emitidos em 13/11/2003, não se tratando da real operação realizada.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 16.665/04/3.ª, pelo voto de qualidade, manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS, MR (50%) e MI (40%).

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 68/72, requerendo, ao final, o seu provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 76/81, opina pelo não provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

A autuação versa sobre o transporte de mercadoria desacobertada de documentos fiscais, vez que a nota fiscal n.º 007561 emitida pela Coobrigada M.L.C de Souza & Cia. Ltda. em 13/11/2003, acompanhava os produtos (vinho) com data de fabricação de 14.11.2003, não correspondendo a real operação que estava se realizando, sendo tal documento considerado inidôneo, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, alínea "a" da Lei 6763/75.

Os documentos fiscais, além de obrigatórios para acobertar as operações e prestações de serviços de transporte e comunicação, devem ser emitidos na forma definida em regulamento. Entretanto, nas operações e prestações interestaduais, para sanar dúvidas e trazer regras comuns aos entes tributantes envolvidos, estes celebram Convênios interestaduais que procuram ajustar certos inconvenientes.

É o caso do Convênio SINIEF s/n.º 70, que aborda dentre outras questões, a do documento inidôneo. Com efeito, o art. 7º, § 1º, elenca as situações nas quais deva ser considerado inidôneo o documento fiscal:

"Art. 7º - (...)

§ 1º - É considerado inidôneo para todos os efeitos fiscais, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento que:

- omitir indicações;
- não seja o legalmente exigido para a respectiva operação;
- não guarde as exigências ou requisitos previstos neste Convênio;
- contenha declarações inexatas, esteja preenchido de forma ilegível ou apresente emendas ou rasuras que lhe prejudiquem a clareza."

Ainda que a legislação do Rio de Janeiro não considere inidônea a nota fiscal que contenha informações que não correspondam à real operação, aplica-se ao fato, a norma de Minas Gerais.

O RICMS/02, aprovado pelo Decreto 43.080/02, no art. 134 traz as situações hipotéticas de inidoneidade de documento fiscal:

"Art. - 134 - Considera-se inidôneo o documento fiscal:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - não enquadrado nas hipóteses do artigo anterior e com informações que não correspondam à real operação ou prestação;"

São obrigações do Contribuinte, além de pagar o imposto, cumprir as obrigações acessórias, conforme Regulamento. Veja as determinações do art. 16 da Lei 6763/75:

"Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e **emitir documentos fiscais na forma regulamentar;**

VI - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e **exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada;**"
(g.n.)

Assim, a ação fiscal foi desencadeada por estar a Recorrente transportando mercadoria com documento fiscal inidôneo, e em consequência, considera-se aquela desacoberta de documento fiscal hábil, exigindo-se ICMS, além das penalidades cabíveis, pois que encerrado o prazo para o seu pagamento. Veja os dispositivos do RICMS/02:

"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;"

"Art. 89 - Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;"

Poder-se-ia argumentar que a mercadoria é de origem do Estado do Rio de Janeiro e que ao mesmo caberia o produto da arrecadação do imposto devido naquela operação. No entanto, para estas situações, o legislador complementar (Lei Complementar n.º 87, art. 11, inciso I, alínea "b") previu que, ocorrendo irregularidades no documento fiscal que levem ao desacobramento da mercadoria, ou à **inidoneidade do documento fiscal**, o aspecto espacial para fins de determinar a quem caberá o imposto, ou seja, a legitimidade ativa, é o local onde ocorrer a interceptação da mercadoria em situação irregular, fugindo à regra geral que estabelece como local da operação o do estabelecimento onde ocorre o fato gerador (saída da mercadoria).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

b) onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;"

A Recorrente pugna pela nulidade do lançamento escorada no fato de que deixou-se de capitular o art. 21, inciso II, alínea "c" da Lei 6763/75 no campo "infringência". Este fato não tolheu direitos, nem impediu a Recorrente de exercer o direito da ampla defesa e do contraditório.

Não existe pontos obscuros na peça fiscal, estando o sujeito passivo identificado, o responsável solidário (o remetente), a ocorrência do fato gerador presente no relatório fiscal, seus aspectos temporal e espacial, a base de cálculo e o imposto devido, a capitulação legal das infringências e as penalidades aplicáveis, e ainda, o motivo da desclassificação do documento fiscal, escorado na legislação tributária mineira. As incorreções ou omissões, desde que não prejudique a clareza para determinar com segurança a natureza da infração, não pode acarretar a nulidade da peça fiscal, nos termos do § 2º, art. 160 da Lei 6763/75:

"Art. 160 -

§ 2º - As incorreções ou omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando dela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator ou responsável."

Nesta direção a assertiva do Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho (Teoria e Prática das Multas Tributárias - 2ª ed. - pg. 20/21 - Ed. Forense - 2001) quando comenta:

"Todavia a tipicidade do ato ilícito no Direito Tributário não precisa necessariamente de descrição exaustiva na lei. Os deveres tributários (ou se se prefere, as obrigações tributárias) são deveres ex lege e são de duas espécies: a) pagar tributo; b) cumprir deveres instrumentais (emitir notas fiscais, prestar declarações, não transportar mercadorias desacobertas de documentação fiscal, etc.)."

Entretanto, em relação às sanções pecuniárias, somente a lei, em sentido formal e material, completa o Professor:

"Mas as sanções - quase sempre sanções pecuniárias - devem ser previstas em lei - em sentido formal e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

material - pode estatuir sanções fiscais segundo preceito de lei complementar da Constituição. Vigora pleno o brocardo latino do *nullum tributum nulla poena sine lege*. A proliferação de sanções fiscais através de decretos é extravagante."

Ademais, o artigo 148 do RICMS/02 exige do transportador a responsabilidade de verificar os documentos fiscais, tanto em relação à operação de circulação de mercadoria, quanto à prestação do serviço:

"Art. 148 - O transportador não poderá aceitar despacho ou efetuar o transporte sem que, com relação à operação de circulação de mercadoria e à prestação do serviço tenham sido emitidos os documentos fiscais próprios."

As penalidades propostas obedeceram fielmente o princípio da tipicidade.

Importa salientar que o Fisco ao examinar fisicamente a carga transportada, verificou tratar-se de mercadoria produzida no dia 14/11/2003, e como prova desta afirmativa colecionou um rótulo do produto (fls. 12), não podendo ser a mercadoria discriminada na nota fiscal, a que estava sendo transportada, motivo este de sua desclassificação.

Não basta à Recorrente simplesmente levantar suspeita de que poderia haver, junto à carga transportada, produto saído do sistema de produção do emitente com data anterior a 14.11.2003, e sim carrear provas de sua insinuação.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao mesmo. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que lhe dava provimento, com fulcro no art. 112, inciso II, do CTN. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Joaquim José Fontes e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participaram do julgamento, além dos signatários e da retromencionada os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio, Francisco Maurício Barbosa Simões e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 25/02/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator

Mlrm

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.043/05/CE Rito: Sumário

Recurso de Revisão: 40.060114180-90

Recorrente: Saba Transportes Ltda.

Recorrida: Fazenda Pública Estadual

Coobrigado: MLC de Souza & Cia Ltda.

Proc. S. Passivo: Joaquim José Fontes

PTA/AI: 02.000206649-46

CNPJ: 25148545/0003-32 (Aut.)

Origem: DF/Belo Horizonte

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Considerando não haver discordância quanto ao conhecimento do presente recurso, até mesmo em face de estar superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no artigo 137 da CLTA/MG, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, passamos diretamente a análise do mérito das exigências fiscais.

Nesta linha ressaltamos que o lançamento em análise nesta fase recursal versa sobre a imputação fiscal de transporte de mercadoria (vinhos) desacoberta de documentação fiscal hábil. No momento da abordagem foi apresentada a Nota Fiscal n.º 007561 emitida pela Coobrigada M.L.C de Souza & Cia. Ltda. em 13 de novembro de 2003. No entanto, como a mercadoria para o acobertamento da qual tal nota fiscal foi emitida, tinha como data de fabricação 14 de novembro de 2003, a Fiscalização considerou que a mesma não se prestava ao acobertamento por não corresponder a real operação que estava sendo realizada. Considerou ainda a Fiscalização que o referido documento (Nota Fiscal n.º 007561) seria inidôneo, nos termos do artigo 39, § 4º, inciso II, alínea "a" da Lei n.º 6.763/75.

Diante deste fato foi lavrado Auto de Infração para cobrar ICMS e Multas de Revalidação e Isolada, esta última capitulada no artigo 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, constando, na condição de Autuada a empresa transportadora SABA Transportes Ltda..

Primeiramente entendemos cabe analisar a propriedade do lançamento feito em nome da ora Recorrente, ou seja a empresa responsável pelo transporte – SABA Transportes Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesta linha entendemos que, no Estado de Minas Gerais e para efeitos do tributos de competência de tal ente tributante, a responsabilidade da transportadora, pelo pagamento do imposto e correspondente multa de revalidação, decorre do disposto no inciso II do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75, *in verbis*:

“Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....

II - os transportadores:

.....

d) em relação à mercadoria transportada com documentação fiscal falsa ou inidônea.

.....”

Importante ressaltar entretanto que o supra transcrito artigo 21 não se encontra elencado no Auto de Infração, peça formalizadora do lançamento em discussão. Sendo assim, sem esta capitulação legal, a exigência fiscal perde seu suporte legal, nos termos das disposições contidas no inciso V do artigo 57, da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG, *in verbis*:

“Art. 57 - A Notificação de Lançamento conterá os seguintes elementos:

.....

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

.....”

Entendemos ainda que, no caso específico, não é cabível a ressalva contida no artigo 60 de que as omissões da peça fiscal não acarretarão sua nulidade, pois não há nos presentes autos a condição de executoriedade deste ditame, qual seja, a hipótese de na própria peça fiscal “constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida”.

Neste momento pedimos licença para transcrever parte do voto vencido da Conselheira Juliana Diniz Quirino constante deste mesmo processo quando do julgamento do lançamento na Câmara Comum e que está em perfeita consonância com nosso pensamento, a saber:

“Com efeito, a ocorrência, no mundo fenomênico, da situação hipoteticamente descrita na regra jurídica como apta a gerar o crédito tributário (tributo e/ou multas), faz surgir uma relação jurídica de caráter obrigacional, onde a pretensão é exercida pela pessoa jurídica de direito

público, cabendo o dever de prestá-la ao sujeito passivo, aquele que praticou a conduta ou se encontrava na situação jurídica descrita como hipótese de incidência tributária.

A estrutura da norma jurídico-tributária não é diferente da das demais normas - é exatamente a subsunção do fato concreto (fato gerador in concreto) à situação hipoteticamente prevista/descrita que faz nascer a obrigação tributária. É condição necessária e suficiente à formação da relação Fisco-contribuinte, como se depreende do disposto no art. 113, § 1º, do Código Tributário Nacional:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1.º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Em matéria tributária, o princípio da legalidade assume feições ainda mais fortes, pois a lei instituidora do crédito deve definir, em abstrato, todas as nuances relevantes para que, no caso concreto, se possa precisar a efetiva ocorrência do fato hipoteticamente previsto.

Em outras palavras, a lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à sua quantificação, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determiná-lo em face de determinada situação.

Como decorrência deste princípio, a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. Tornou-se cediço afirmar que é ela o ato administrativo que atesta a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identifica o sujeito passivo, determina a matéria tributável e calcula, ou define por outra forma, o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.

Hely Lopes MEIRELLES sempre preciso em seus conceitos, ensina, por seu turno, que:

"ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria." (Direito Administrativo, 11ª ed., São Paulo: Atlas, p. 132)

No que se refere à invalidade destes atos administrativos, é preciso Celso Antonio BANDEIRA DE MELO ao afirmar que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade)". (Curso de Direito Administrativo, 11ª ed., Malheiros, p. 333-5)

Decorre das citações acima que o Auto de Infração, formalizador do lançamento, não pode prevalecer se lavrado sem a necessária base legal que justifique o crédito tributário - ato administrativo desconforme com o Direito."

No entanto, ainda que desprezásemos esta questão acreditamos que melhor sorte não socorreria o trabalho fiscal.

Isto porque a emitente dos documentos fiscais era estabelecida no Estado do Rio de Janeiro não estando comprovado nos presentes autos que há na legislação do mesmo pressuposto de invalidade para o documento fiscal por ter sido o mesmo emitido antes da data de validade dos produtos transportados.

É possível, e não se pode desprezar esta situação para efeito de um julgamento justo da matéria, que tenha havido erro na datação do produto transportado. Esta infração não estaria afeta ao campo sancionatório do Direito Tributário mas, talvez, ao do Direito do Consumidor.

Ademais têm-se também que considerar a inexistência de provas nos autos de que toda a mercadoria estivesse com o "defeito" (data de fabricação posterior a emissão das notas fiscais) encontrado pela Fiscalização.

O conjunto dos fatos acima expostos conduz necessariamente a aplicação das regras congêntes do artigo 112 do Código Tributário Nacional, em face da inexistência de perfeita convicção quanto a natureza ou circunstância material do fato, *in verbis*:

"Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

....."

Da inteligência do artigo supra depreende-se o princípio da estrita legalidade tributária, que, segundo a ilustre Professora Maria de Fátima Ribeiro, "traz consigo uma tipificação rigorosa, qualquer dúvida sobre o perfeito enquadramento do fato ao conceito da norma compromete aquele postulado básico que se aplica com a mesma força no campo do direito penal *in dubio pro reo*."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, cabível a aplicação do artigo acima transcrito pois diversos dos aspectos apontados nos autos deixam dúvidas quanto à natureza ou circunstância material do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao Recurso de Revisão, com fulcro no artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões, 25/02/05.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira

CC/MG