

Acórdão: 18.060/07/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117767-57, 40.010119772-30
Impugnante: Posto e Restaurante Rodeio Ltda., Real Minas Petróleo Ltda. (Coob.)
Proc. S. Passivo: Guilherme Beraldo de Andrade/Outro (Coob.)
PTA/AI: 01.000152284-51
Inscr. Estadual: 689.002208.00-57 (Aut.), 479.734482.00-52 (Coob.)
Origem: DF/Patos de Minas

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ÓLEO DIESEL – ENTRADA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL INIDÔNEA – Comprovado nos autos que a Autuada promoveu a aquisição de óleo diesel desacobertado de documentação fiscal, haja vista que a nota fiscal relativa ao fornecimento do mencionado combustível foi declarada inidônea pela SEF/MG. Mantidas as exigências fiscais de ICMS, MR (100%) e MI capitulada no art. 55, X da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entrada no estabelecimento da Autuada de 5.000 litros de óleo diesel desacobertados de documentação fiscal, posto que a NF n.º 012.067 emitida em 12/03/03 pela Coobrigada, relativa ao fornecimento do mencionado combustível foi declarada inidônea pela SEF/MG. Exigências de ICMS, MR (100%) e MI (capitulada no art. 55, inciso X, da Lei 6763/75).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente através de representante legal, Impugnação às fls. 12/18, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 21/24.

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 25/07/2006, determinou a diligência de fls. 39, a qual foi cumprida pelo Fisco (doc. de fls. 41 e 42).

Concedida vista dos autos à Impugnante/Atuada (fls. 45 e 46), esta não comparece aos autos. A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 01/11/2006, determinou a diligência de fls. 48, a qual foi cumprida pelo Fisco (doc. de fls. 50).

Inconformada, a Coobrigada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 51/67, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 85/91.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Argüi a Impugnante/Autuada a nulidade da multa cominatória aplicada, ao argumento de que a mesma foi aplicada sem a garantia do contraditório e da ampla defesa, o que a inquina de irregularidade insanável. Adverte que houve a notificação da imposição da penalidade, sem que antes se instaurasse o devido processo, com vistas ao direito de defesa.

Entretanto, razão não lhe assiste, conforme será demonstrado.

O devido processo legal compreende dois aspectos essenciais, consoante nos ensina o Professor Eduardo B. Bottallo, alicerçado na obra do ilustre Agustín Gordillo - Procedimiento Y Recursos Administrativos (Revista de Direito Tributário 71, Malheiros Editores – pg. 95 e 96).

“Para Gordillo a garantia do devido processo legal compreende dois aspectos essenciais.

O primeiro deles consiste no que denomina de *direito de ser ouvido*, o qual por sua vez, pressupõe: a) a publicidade do procedimento (direito de conhecimento); b) a oportunidade de o administrado expressar suas razões antes da decisão e também depois (dupla instância de julgamento); c) a expressa consideração dos argumentos do administrado e das questões propostas, desde que voltadas para a solução do caso; d) o dever da Administração de decidir expressamente os requerimentos; e) o dever da Administração de proferir decisões fundamentadas, analisando os pontos levantados pela parte; e, finalmente f) o direito do administrado de fazer-se representar por profissional habilitado ao patrocínio de seus direitos.

O segundo aspecto erigido por Gordillo consiste no *direito de oferecer e produzir provas*, o qual, por igual forma, se expressa em uma série de pressupostos: a) o direito a que toda a prova razoavelmente requerida seja produzida, ainda que pela própria Administração (requisição de informações etc.); b) o direito a que a produção da prova seja efetuada antes que se profira decisão sobre o mérito da questão; e c) o direito de controlar a produção da prova feita pela Administração.

Estes dois requisitos, com os seus respectivos desdobramentos, dão, com efeito, conteúdo e materialidade à cláusula do devido processo legal, na medida em que possibilitam uma adequada proteção

ao direito de defesa de que são titulares todos quantos se vejam constrangidos pela ação sancionadora do Poder Público.”

Depreende-se do exame dos documentos acostados aos autos (fls. 02/11), da Impugnação apresentada, bem como da definição de “devido processo legal” retro transcrita e, ainda, das disposições da CLTA/MG (Decreto n.º 23.780/84) acerca da lavratura do Auto de Infração que efetivamente não prospera a arguição de “nulidade da pena” aventada pela Impugnante.

Acrescente-se que a Autuada não só teve assegurado, como também exerceu seu direito ao contraditório, nos exatos termos da legislação vigente, com a apresentação da Impugnação.

Desta forma, rejeita-se a prefacial argüida.

DO MÉRITO

Exige-se no presente Auto de Infração ICMS, MR e MI, capitulada no art. 55, inciso X da Lei 6763/75, em face da entrada no estabelecimento da Autuada, em 12/03/03, de 5.000 litros de óleo diesel desacobertos de documentação fiscal.

A nota fiscal de n.º 012.067 que acobertava o citado produto foi declarada inidônea pela SEF/MG, nos termos do art. 134, inciso I, Parte Geral do RICMS/02, vigente à época (a seguir transcrito), conforme se comprova pelo Ato Declaratório de Falsidade/Inidoneidade acostado às fls. 06 dos autos.

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

I - confeccionado sem autorização de impressão de documentos fiscal, não obstante a existência legal do estabelecimento;”

(Efeitos de 15/12/2002 a 06/08/2003 - Redação original)

Dispõe o art. 149, inciso I, Parte Geral do RICMS/02 que: “*considera-se desacoberta, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria com documento fiscal falso ou inidôneo*”.

Restando plenamente comprovado nos autos a inidoneidade da NF que acobertou a aquisição do combustível, a qual se encontra escriturada no livro Registro de Entradas e Livro Movimentação de Combustíveis – LMC da Autuada (fls. 07/09 dos autos), afiguram-se legítimas as exigências fiscais.

A responsabilidade da Autuada, pelo recolhimento do ICMS/ST e MR, decorre das disposições contidas no art. 26, § 1º, da Parte Geral do RICMS/02 (vigente à época).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A multa isolada, capitulada no art. 55, inciso X da Lei 6763/75, imposta à Autuada sustenta-se no fato de ter a mesma utilizado de nota fiscal inidônea para acobertar a entrada de óleo diesel em seu estabelecimento.

Importante acrescentar que, a inclusão da Coobrigada no pólo passivo da obrigação tributária deu-se com fulcro nas disposições contidas no art. 21, inciso XII da Lei 6763/75, em virtude de ser a mesma a emitente da nota fiscal declarada inidônea.

Oportuno esclarecer que o art. 58 da CLTA/MG (Decreto n.º 23.780/84), que trata dos elementos que devem conter o AI, determina que devam ser citados na peça acusatória (no tocante a dispositivos legais), somente aqueles infringidos e o que comine a respectiva penalidade. Desta forma não prosperam os argumentos trazidos pela Impugnante/Coobrigada de que indevidamente não constam dos autos dispositivos legais referentes à sua inclusão no pólo passivo da obrigação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial argüida. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Revisora), que o julgava parcialmente procedente para excluir o Coobrigado, Real Minas Petróleo Ltda., do pólo passivo da obrigação tributária. Participaram do julgamento, além dos signatários, a Conselheira retro mencionada e o Conselheiro Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 30/01/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.060/07/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117767-57, 40.010119772-30
Impugnante: Posto e Restaurante Rodeio Ltda., Real Minas Petróleo Ltda. (Coob.)
Proc. S. Passivo: Guilherme Beraldo de Andrade/Outro (Coob.)
PTA/AI: 01.000152284-51
Inscr. Estadual: 689.002208.00-57 (Aut.), 479.734482.00-52 (Coob.)
Origem: DF/Patos de Minas

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

Verificou-se que o posto revendedor autuado utilizou nota fiscal inidônea para acobertamento da entrada de combustível derivado de petróleo.

Foi exigido ICMS, MR (100%) e MI (55 X), pela transgressão do art. 16 VII, IX e XIII, da Lei 6.763/75.

A infração descrita no Auto de infração questionado – formal e objetiva – encontra-se perfeitamente caracterizada, tendo sido fartamente demonstrada a entrada de mercadorias acobertadas por notas fiscais inidôneas.

*Ato declaratório de inidoneidade n. 03.479.720.00019 de 26.05.2005 - “Todos os formulários contínuos com numeração de AIDF 000626742002/MG de 01.04.2003, seqüência de 018.001 a 030.000, que apresentem as seguintes características: - no rodapé do formulário: a) na indicação do nome da gráfica, a abreviatura do vocábulo ‘limitada’ grafado como ‘Ltda,’ ao invés de ‘Ltda.’, ou seja, com uma vírgula no lugar do ponto; b) na indicação do município e unidade federada da gráfica a indicação da sigla ‘SP’ está grafada em negrito, quando, nos formulários regularmente autorizados, a grafia é normal, sem destaque; c) a grafia do CNPJ da gráfica da seguinte forma: 48.024.830/0001 85, ou seja, sem o traço de separação do dígito verificador, quando, nos formulários regularmente autorizados, a grafia correta é 48.024.830/0001-85”.

*Via cega

a) o termo ‘limitada’ está grafado com ponto: Ltda.;

b) o município está em negrito, mas não a unidade federada: **Descalvado** – SP; e

c) o dígito verificador está separado por um traço: 48.024.830/0001-85.

Não obstante isso, há de ser excluído do pólo passivo a distribuidora do combustível.

Com efeito, a descrição da infração, na peça de lançamento, não condiz com a atuação da empresa coobrigada, que não promoveu qualquer entrada de mercadoria, em seu estabelecimento; não podendo lhe ser imputada esta conduta.

Convém reproduzir o artigo da Lei 6.763/75 apontado no Auto de Infração:

Lei 6763/75

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada.

(...)

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

(...)

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária

A tipicidade, relação entre o tipo e a conduta, é desdobramento do Princípio da Legalidade e sua observância é imprescindível à correta imputação de pena.

Aníbal Bruno define tipicidade como a '*conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo penal*'.

Não há correspondência entre a ação da distribuidora e o fato descrito no relatório do Auto de Infração, devendo esta, portanto, ser retirada do pólo passivo da relação.

Poder-se-ia argumentar que esta empresa contribuiu ativamente para a consecução da irregularidade. Entretanto, a responsabilidade fiscal, por tal participação, não foi apontada no Auto de Infração. Nenhum dispositivo legal tido por infringido impõe-na à Coobrigada.

Com efeito, a lavratura do Auto de Infração, consistindo em um lançamento tributário - ato administrativo vinculado -, está adstrito ao disposto no ordenamento jurídico, não se pode dele olvidar, sob pena de violação dos princípios da justiça e da segurança jurídica.

Senão, veja-se.

O Princípio da Legalidade está preceituado no art. 5º II da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*. Percebe-se, pois, que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devida e regularmente elaboradas.

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.

Não ocorrendo o adimplemento espontâneo desta obrigação, a mesma será exigida de ofício pelo agente fazendário através da lavratura de um Auto de infração.

E, como anteriormente mencionado, esta atividade de lançamento é 'vinculada e obrigatória' – vinculada ao ordenamento jurídico, deve-se acrescentar.

A correta capitulação dos dispositivos legais supostamente infringidos – dentre estes, os que fixam a responsabilidade tributária – é uma exigência legal; imprescindível, pois, à validade do ato do órgão de fiscalização.

Neste sentido, a lição do douto jurista Djalma de Campos:

"NO AUTO DE INFRAÇÃO, A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DEVERÁ IDENTIFICAR O INFRATOR, DESCREVER A INFRAÇÃO COM CLAREZA, INDICAR OS DISPOSITIVOS LEGAIS DADOS POR INFRINGIDOS E CAPITULAR A PENALIDADE.

(...)

O AUTO DE INFRAÇÃO DEVE CONTER TODOS OS REQUISITOS E ELEMENTOS NECESSÁRIOS AO LANÇAMENTO PARA, ENTRE OUTRAS COISAS, PERMITIR INFORMAÇÕES SEGURAS AO AUTUADO E ELEMENTOS PARA SUA DEFESA". (*DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO*, SÃO PAULO: ATLAS, 1996, P. 56)

No que se refere especificamente à invalidade destes atos administrativos, é preciso Celso Antonio Bandeira de Melo ao afirmar que *"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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso concreto ora analisado, falta a capitulação legal para a responsabilização da empresa distribuidora/coobrigada, a qual deve ser excluída do pólo passivo.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir do pólo passivo a Coobrigada.

Sala das Sessões, 30/01/07.

Juliana Diniz Quirino
Conselheira

CC/MG