

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.020/02/2^a
Impugnação: 40.010106947-65
Impugnante: Lubrificantes Planalto Ltda
Coobrigadas: Distribuidor de Petróleo e Derivados Brejão Ltda
Comércio Gorayebe Koury Ltda
Proc. S. Passivo: Hércules Costa Silva/Outros
PTA/AI: 01.000139113-40
Inscrição Estadual: 433.729122.00-96
Origem: AF/Montes Claros
Rito: Ordinário

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ELEIÇÃO ERRÔNEA - COBRIGADA. Exclusão da Coobrigada “Comércio Gorayebe Koury Ltda” do pólo passivo, visto não restar demonstrado nos autos interesse comum da empresa na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária.

NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO - INIDONEIDADE. Evidenciado nos autos o transporte de combustível (óleo diesel) desacobertado de documento fiscal, tendo em vista que a Autuada utilizou-se de notas fiscais inidôneas para acobertar a operação. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatado pela Fiscalização do Trânsito de Mercadorias o transporte de combustível (óleo diesel) desacobertado de documento fiscal e sem o pagamento do ICMS, eis que a Autuada o acobertava com o uso de notas fiscais inidôneas (fls. 18/24), nos termos da Resolução nº 2.929, de 24.07.98.

Exigência das parcelas de ICMS, MR (50%) e MI (40%) prevista no art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 55/60.

O Fisco se manifesta às fls. 70/72, refutando as alegações da defesa, requerendo, ao final, a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 75/80, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Alega a Impugnante que o lançamento tributário é nulo de pleno direito por ter o Fisco deixado de lavrar o termo de início de ação fiscal competente.

Entretanto, a não lavratura do TIAF não tem o condão de impor a nulidade do lançamento tributário que ora pleiteia a defesa.

É cediço o fato de que o lançamento tributário é formalizado mediante lavratura do Auto de Infração. Por conseguinte, o fato do Fisco ter deixado de lavrar o competente termo de início de ação fiscal (TIAF) para documentar procedimento administrativo levado a efeito em determinado contribuinte, abre a oportunidade ao sujeito passivo de denunciar espontaneamente as infrações por ele cometidas.

Reiterando, o termo de início de ação fiscal (TIAF) tem o efeito apenas de retirar do sujeito passivo o direito à denúncia espontânea.

Então, é lícito atribuir que no lapso temporal compreendido entre o TIAF lavrado pelo Fisco e a lavratura do AI restaria afastada a denúncia espontânea do sujeito passivo; o mesmo não se pode dizer para o lapso de tempo que antecedeu a lavratura do AI, uma vez inexistente o referido termo (TIAF, caso dos autos), que confere ao sujeito passivo a faculdade da denúncia espontânea nesse intervalo e, se não exercida oportunamente, dá lugar à formalização do crédito tributário mediante expedição de Auto de Infração.

Portanto, nesta primeira angulação, não se vislumbra qualquer nulidade no trabalho fiscal decorrente da falta do TIAF, mormente quando o queixume defensivo não encontra o eco necessário na legislação tributária de regência.

Uma segunda preliminar é levantada pela defesa: a ocorrência de cerceamento de defesa, eis que não lhe foram encaminhados os documentos que instruem a autuação fiscal. Uma inverdade.

A primeira, consoante “AR” às fls. 44/46, tanto a Autuada quanto as Coobrigadas receberam uma via do Auto de Infração, assim como dos anexos que o compõem.

A segunda, mesmo que essa providência primeira se revelasse insuficiente, o Fisco, conforme documentos acostados às fls. 47/53 (especialmente os de fls. 48, 50 e 51), não só reabriu o prazo para apresentação de Impugnação (plenamente exercido à vista da peça de defesa às fls. 55/60), como entregou (fls. 48, 50 e 51) e colocou à disposição da Impugnante (fls. 53) toda a documentação que instrui o Auto de Infração.

Por assim, fica patente que o segundo queixume defensivo é descabido.

DO MÉRITO

O trabalho fiscal encerrado neste PTA decorre de uma renovação da ação fiscal, pois a antecedente foi extinta em obediência à ordem judicial (sem julgamento de mérito).

Vale lembrar que enquanto não decaído o direito da Fazenda Estadual pode mesma se valer dos elementos de prova de lançamentos anteriores (extintos sem julgamento de mérito), e efetuar novo lançamento tributário. É a regra que sobressai dos artigos 139 e 140, do CTN.

A acusação fiscal é de diversos transportes de combustíveis (óleo diesel), considerados desacobertos de documentos fiscais e sem a prova de pagamento do ICMS devido, por restar caracterizado nos autos que a Autuada, valendo-se de documentos por ela emitidos, inidôneos por força da Resolução nº 2.929/98, acobertava esses transportes.

A asserção defensiva de que o combustível adquirido pela Notificada já foi tributado por substituição tributária na Petrobras S/A., por força do artigo 372, inciso II, Anexo IX, do RICMS/96 e Cláusula 10ª do Convênio ICMS nº 03/99, sendo insustentável nova exigência de ICMS e MR só faria sentido se viesse acompanhada de provas que comprovassem que todo o volume de combustível por ela adquirido e comercializado em operações subsequentes neste Estado fora tributado por substituição tributária na Petrobras S/A.. Sem essa prova, de nada vale o queixume. Aliás, vale aqui o brocardo: “alegar sem nada provar, é o mesmo que não alegar”.

Assim, afiguram-se corretas as exigências fiscais lançadas no AI, para as quais o Fisco observou corretamente a legislação tributária para aplicar a alíquota (18%, segundo artigo 43, alínea “e”, Parte Geral, RICMS/96 vigente à época), a base de cálculo (arbitrada segundo artigo 54, inciso V, Parte Geral, RICMS/96 - fls. 36/37) e a penalidade isolada de 40%, pela emissão/uso de documentos inidôneos (art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75).

Com relação à Coobrigada “Comércio Gorayebe Koury Ltda”, esta deve ser excluída do pólo passivo da obrigação tributária, pois em se tratando de utilização de documento fiscal inidêneo para transportar mercadorias a determinado destinatário, penalidade isolada imposta pelo art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75, ainda que este mantenha relação de interdependência com o sujeito passivo, não se verifica a almejada solidariedade passiva entre ambos.

A solidariedade tributária decorre de lei e somente ela tem o condão de erigir as pessoas jurídicas ou não a tal condição. Neste passo, impõe-se ter em mente a lição do Mestre Aliomar Baleeiro ao comentar o artigo 124, incisos I e II, CTN:

“A solidariedade no direito tributário é passiva e resulta sempre da lei: não se presume nem pode nascer da vontade das partes.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

São solidários para o Fisco os que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e os que forem expressamente designados em lei.

O CTN não diz em que consiste ou em que casos se manifesta o “interesse comum”. A lei tributária o dirá. Em princípio, os participantes do fato gerador. Na prática de ato jurídico ou negócio podem ser todas as partes, e disso há exemplo no próprio CTN, arts. 42 e 66.

A lei pode estender a solidariedade a terceiro sem aquele interesse comum.” (In Direito Tributário Brasileiro, 10ª Edição, Forense, 1995, págs. 471/472).

Indiscutivelmente, numa operação mercantil de compra e venda de mercadorias há um determinado interesse comum entre o vendedor e o adquirente dos produtos vendidos quanto ao fato gerador da obrigação tributária (venda). Entretanto, esse interesse comum possui duas facetas opostas: o vendedor tem o interesse de dar a coisa vendida (venda ou entrega dos produtos vendidos mediante compensação financeira) e o adquirente dos produtos tem o interesse de receber a coisa, pagando por ela o preço ajustado. Desta forma, o interesse comum se apresenta antagônico, figurando tanto um quanto o outro em pólos passivos opostos, não sujeitos a qualquer vínculo de solidariedade passiva entre eles. Daí, conclui-se que é indevida a inserção da Coobrigada “Comércio Gorayebe Koury Ltda”, em face do possível interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

A outra hipótese de solidariedade passiva, estendida a terceiro pela lei, também não dá guarida para inserir a empresa Comércio Gorayebe Koury Ltda no pólo passivo da obrigação tributária, conforme disposto no art. 21, incisos VII e XII, da Lei nº 6.763/75. O primeiro inciso (VII), por não se tratar de recebimento, entrada ou estoque mantido sem cobertura fiscal. O segundo (XII) para exercitá-lo há de ser feita a prova de que o adquirente (“qualquer pessoa”) concorreu por atos ou omissões para o não recolhimento dos tributos devidos pela Autuada. A interdependência entre ambos, não implica necessariamente no conluio entre as partes envolvidas na operação mercantil retratada nas NFs às fls. 18/24.

A solidariedade passiva entre a Autuada e a empresa Distribuidora de Petróleo e Derivados Brejão Ltda deve ser mantida, com fincas no art. 21, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em rejeitar todas as preliminares argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir do pólo passivo da obrigação tributária a Coobrigada “Comércio Gorayebe Koury Ltda”, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 24/07/02.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor**

**Thadeu Leão Pereira
Relator**

VDP

mn

CC/MIG