

Acórdão: 17.708/06/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117403-70
Impugnante: Destilaria Senhor do Bonfim Ltda.
Proc. S. Passivo: Eliana Chaves Ulhôa Silveira
PTA/AI: 01.000151530-27
Inscr. Estadual: 860.382067-0065
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – UTILIZAÇÃO INDEVIDA – Comprovado nos autos, através de declarações firmadas por supostos destinatários consignados nas notas fiscais autuadas e informações prestadas pelo Fisco do Estado da Bahia, que as operações objeto da autuação não tiveram como destino contribuintes daquele Estado. Legítimas, portanto, as exigências de ICMS (sobre a diferença entre o imposto devido e o destacado em referidos documentos fiscais), acrescido da respectiva MR, e, ainda da MI (capitulada no art. 55, inciso V da Lei 6763/75). Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre emissão pela Autuada, nos exercícios de 2.000 e 2.002, das notas fiscais relacionadas no Anexo I do AI (fls. 08), consignando indevidamente, em referidos documentos, a alíquota de 7% (sete por cento), ao invés de 18% (dezoito por cento), haja vista que restou comprovado nos autos (através de informações do Fisco do Estado da Bahia e de declarações dos supostos destinatários), que as mercadorias não se destinaram às empresas mencionadas nas notas fiscais autuadas.

Lavrado em 19/12/05 - AI exigindo ICMS e MR (após recomposição da contra gráfica), bem como MI (capitulada no art. 55, inciso V da Lei 6763/75).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 82/88.

O Fisco se manifesta às fls. 128/131, refutando as alegações da Impugnante.

DECISÃO

Exige-se no presente trabalho fiscal ICMS, MR e MI (estatuída no art. 55, inciso V da Lei 6763/75), face à constatação pelo Fisco de que a Autuada emitiu as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

notas fiscais descritas no Anexo I do AI (fls. 08), com alíquota indevida de 7%, ao invés de 18%.

Insta destacar que, mencionadas notas fiscais foram emitidas nos exercícios de 2.000 e 2.002, contendo como destinatários as seguintes firmas individuais localizadas no Estado da Bahia: **Adenilton Oliveira da Silva – ME** (I.E. n.º 56.730.414), **Anita Oliveira de Souza Silva – ME** (I.E. n.º 92.309.948), **Mauro Francisco Moraes** (I.E. n.º 11.915.103) e **Norberto Freitas Meira** (I.E. n.º 46.430.000).

Solicitou o Fisco mineiro, através do Ofício DGP/SUFIS n.º 026/2003, à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia que efetuasse verificações acerca da efetividade das operações em apreço, junto aos destinatários retro mencionados.

Em atendimento à referida solicitação, obteve o Fisco daquela unidade da Federação “Declarações” firmadas pelos titulares das empresas “Adenilton Oliveira Silva – ME” e “Anita Oliveira de Souza e Silva – ME” (doc. de fls. 26 e 56), informando que não efetuaram compras da empresa Destilaria Senhor do Bonfim Ltda. (ora Autuada).

Outrossim, esclareceu o Fisco do Estado da Bahia (doc. de fls. 68), relativamente as operações em que se figurava como destinatária a empresa “**Norberto Freitas Meira**” que não foi possível realizar a diligência fiscal solicitada, **porque o contribuinte encontra-se cancelado no cadastro daquele Estado desde 17/10/00**. Advertindo, ainda que no sistema CFAMT (Controle Fiscal de Mercadorias em Trânsito) não foi encontrado nenhum registro de notas fiscais para o referido contribuinte. Na oportunidade enviou ao Fisco mineiro tela relativa aos “Dados Cadastrais” (doc. de fls. 69), para comprovar a situação de “**Cancelado**” da citada empresa.

Importante enfatizar que, para o destinatário supracitado foi emitida pela Autuada somente a nota fiscal de n.º 2.140, **em 17/11/00**, ou seja, após cancelamento do cadastro da destinatária pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Quanto a empresa “**Mauro Francisco Moraes**”, informou o Fisco do Estado da Bahia (doc. de fls. 70) que não foi possível realizar a diligência fiscal, em virtude de **não ter sido encontrado registro deste contribuinte no cadastro daquele Estado**.

Restando descaracterizadas as operações interestaduais para contribuintes localizados no Estado da Bahia, mediante as provas anteriormente elencadas, caberia à Impugnante comprovar a efetividade de tais operações, porém esta não o fez. Nenhum documento foi carreado aos autos pelo Sujeito Passivo neste sentido.

Legítimas se afiguram, portanto, as exigências fiscais de: ICMS (no percentual de 11%, resultante da diferença entre a alíquota interna de 18% e a destacada nas notas fiscais autuadas de 7%), MR e MI (estatuída no art. 55, inciso V da Lei 6763/75).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o Lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Relatora), que o julgava parcialmente procedente, para excluir as exigências relativas aos destinatários Norberto Freitas Meira e Mauro Francisco Moraes. Designada relatora a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora). Participou do julgamento, além dos signatários e da Conselheira supracitada, o Conselheiro Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 07/07/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.708/06/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117403-70
Impugnante: Destilaria Senhor do Bonfim Ltda.
Proc. S. Passivo: Eliana Chaves Ulhôa Silveira
PTA/AI: 01.000151530-27
Inscr. Estadual: 860.382067-0065
Origem: DF/Uberlândia

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 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.

Relata o Auto de infração que foram constatadas operações nas quais o Sujeito Passivo consignou, nos documentos fiscais, destinatários diversos daqueles para os quais as mercadorias se destinaram.

Informa que os Contribuintes 'Adenilton Oliveira da Silva' e 'Anita Oliveira de Souza e Silva' declararam não terem recebido as mercadorias. E, ainda, que o destinatário consignado 'Mauro Francisco Moraes' não consta do cadastro baiano; e que 'Noberto Freitas Meira' teve sua Inscrição cancelada em 17.10.2000.

Tratando-se de vendas interestaduais para o Estado da Bahia, cuja alíquota é de 7%, foi exigida a diferença entre a alíquota interna (18%) e a aplicada, Multa de Revalidação e Multa Isolada (55 V). Foram capitulados os incisos VI, VII, IX e XIII do art. 16 da Lei 6763.

Instruíram a peça de lançamento os documentos de fls. 02-03 e 06-80.

** Auto de Infração lavrado em 19.12.2005 (fls. 04-05) e recebido em 23 e 30.12.2005 (fl. 78)

** Termo de Início de Ação Fiscal s/n.º (fl. 02) – recebido em 27.09.2005 (fl. 03)

** demonstrativo do crédito tributário (fl. 07) – exercícios de 2000-2002

** relação das Nota Fiscal/destinatário (fl. 08) → produto: aguardente de cana

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Adenilton Oliveira da Silva – ME → NF n. 2451, 2457, 2466, 2471, 2472, 2482, 2485, 2502, 2519, 2538, 2540, 2543, 2560 e 2562 – emitidas entre 31.07.2002 e 28.12.2002

- Anita Oliveira de Souza e Silva – ME → NF n. 1729, 1822, 1829, 1937 e 2175 – emitidas entre 24.02.2000 e 20.12.2000

- Mauro Francisco Moraes → NF n. 1914, 1915 e 1916, de 20.07.2000, e 1923 de 27.07.2000

- Noberto Freitas Meira → NF n. 2140 de 17.11.2000

** “cópia da VFACG anexa ao PTA n. 01.000139480.73 de 17.12.2001, que está servindo de ponto de partida para este PTA” (fls. 10-24)

- arquivo de programas\VFACG\VFACG-Bonfim (fls. 23-24) – docs. com destinatário diverso

** cópia da declaração de Adenilton O. da Silva (fl. 26) – declara nunca ter efetuado compras na empresa autuada

** Ofício CONIF n. 361/2003 da SEF/BA (fl. 27)

** cópia das Nota Fiscal e respectivas duplicatas (fls. 28-55)

** cópia da declaração de Anita O. de Souza e Silva (fl. 56) – declara nunca ter efetuado compras na empresa autuada

** Ofício CONIF n. 358/2003 da SEF/BA (fl. 57)

** cópia das NF e respectivas duplicatas (fls. 58-67)

A divergência de votos restringe-se aos documentos destinados a ‘Mauro Francisco Moraes’ e ‘Noberto Freitas Meira’.

Relativamente às notas fiscais emitidas para estes destinatários, a autuação teve por fundamento exclusivamente declarações da Receita estadual da Bahia de que não estão regularmente inscritos.

** Ofício CONIF n. 00123/2004 da SEF/BA (fl. 68) – referente à empresa Noberto Freitas Meira – impossibilidade de realização da diligência, “*porque o contribuinte encontra-se cancelado do cadastro desde 17/10/00. No sistema CFAMT (Controle fiscal de mercadorias em trânsito) foi encontrado nenhum registro de notas fiscais para este contribuinte*”

** dados cadastrais (fl. 69)

** cópia da NF 2140 (fl. 73) → *mesmo endereço dos documentos da RF e do cadastro baiano*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

** Ofício CONIF n. 00125/2004 da SEF/BA (fl. 70) – referente à empresa Mauro Francisco Moraes – impossibilidade da diligência, visto que “*não foi encontrado o registro deste contribuinte em nosso Cadastro*”

** cópia das NF (fls. 71-72 e 76-77) → *mesmo Município do cadastro na RF*

Importante notar que não foi realizada diligência para verificação da existência fática dos estabelecimentos, tendo sido considerado suficiente a irregularidade cadastral.

Ora, a acusação fiscal é de consignação, em documento fiscal, de destinatário diverso. Embora não possuam inscrições regulares no Cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, são pessoas jurídicas constituídas e não há provas de que não tenham adquirido realmente as mercadorias.

Confira-se os documentos emitidos pela Receita Federal:

Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

→ Título do Estabelecimento (Nome de Fantasia): Moraes Terraplanagem

Número de Inscrição : 34.086.215/0001-99

Código de Descrição da Atividade Econômica Principal:

93.09-2 – outras atividades serviços pessoais N- Especificados

Situação cadastral : ATIVA

Data da Situação Cadastral: 03/11/05

Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

→ Título do Estabelecimento (Nome de Fantasia): Distribuidora Santa Fe

Número de Inscrição: 97.504.328/0001-87

Código de Descrição da Atividade Econômica Principal

51.36-5-99 – Comércio atacadista de outras bebidas em geral

Situação cadastral – ATIVA

Data da Situação Cadastral – 03/11/05

Cadastro Estadual - BA

→ Razão Social: Norberto Freitas Meira

Nome Fantasia: Distribuidora Santa Fe

Inscrição Estadual: 39.221.094ME

Atividade Econômica.: 5136599- Com. Atacad. de bebidas em Geral

Situação cadastral: INAPTO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Data da situação: 17/10/00

A irregularidade, relativamente aos documentos n. 1914, 1915 e 1916, de 20.07.2000, 1923 de 27.07.2000, e 2140 de 17.11.2000, não restou comprovada nos autos, razão pela qual não pode subsistir.

A respeito do tema *ônus da prova*, convém analisar importante contribuição do jurista Paulo Celso Bergstrom Bonilha, in "Da Prova no Processo Administrativo Tributário":

"O VOCÁBULO ÔNUS PROVÉM DO LATIM (ÔNUS) E CONSERVA O SIGNIFICADO DE FARDO, CARGA, PESO OU IMPOSIÇÃO. NESSA ACEPÇÃO, O ÔNUS DE PROVAR (ÔNUS PROBANDI) CONSISTE NA NECESSIDADE DE PROVER OS ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES PARA A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DA AUTORIDADE JULGADORA. BEM DE VER QUE A IDÉIA DE ÔNUS DA PROVA NÃO SIGNIFICA A DE OBRIGAÇÃO, NO SENTIDO DA EXISTÊNCIA DE DEVER JURÍDICO DE PROVAR. TRATA-SE DE UMA NECESSIDADE OU RISCO DA PROVA, SEM A QUAL NÃO É POSSÍVEL OBTER ÊXITO NA CAUSA.

SÃO SUJEITOS DA PROVA, ASSIM, TANTO O CONTRIBUINTE QUANTO A FAZENDA, COM O INTUITO DE CONVENCER A AUTORIDADE JULGADORA DA VERACIDADE DOS FUNDAMENTOS DE SUAS OPOSTAS PRETENSÕES. ESSE DIREITO DE PROVA DOS TITULARES DA RELAÇÃO PROCESSUAL CONVIVE COM O PODER ATRIBUÍDO ÀS AUTORIDADES (PREPARADORA E JULGADORA) DE COMPLEMENTAR A PROVA. "

O ônus da prova é regulado, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Código de Processo Civil:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao Autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Com efeito, como ensinam Tipke e Kruse, também no direito tributário prevalecem as regras do ônus da prova, que impõem o dever de provar o alegado à parte em favor de quem a norma corre – exceptuando-se os casos em que a lei dispuser de forma diferente.

Nesta esteira, destacou Marco Aurélio Greco a incumbência do agente fiscal de comprovar o fato transgressor da legislação. *In verbis*:

“Em suma, à luz do art. 142 do CTN, em qualquer hipótese a prova da ocorrência do fato gerador do tributo está a cargo do fisco e a circunstância de ele expedir um ato administrativo de exigência tributária que pressupõe a ocorrência do fato gerador não torna a alegação dessa ocorrência coberta pela presunção da legitimidade, nem inverte o ônus da prova.

Não cabe ao contribuinte provar a inoccorrência do fato gerador, incumbe, isto sim, ao fisco demonstrar a sua ocorrência”. (*Lançamento*, in *Do Lançamento*, Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 12, São Paulo: CEEU/Res. Tributária, 1987, p.170-1)

Vale ressaltar que o indício somente serviria como prova indireta se a sua ocorrência não permitisse senão a hipótese da ocorrência do fato a ser provado. Sendo possível a alegação de que poderia não ter ocorrido o fato a ser provado (ainda que haja alguma probabilidade de que ele tenha de fato acontecido), não se estará diante de uma prova indireta, mas de uma mera presunção. (Luiz Eduardo Schoueri, in *Processo Administrativo Fiscal*)

No caso em tela, a destinação da mercadoria a compradores diversos dos consignados nos documentos é apenas provável e não certa, já que nada impede que um estabelecimento sem regular inscrição estadual adquira mercadorias.

O lançamento, neste ponto, está baseado em presunção simples, donde tem-se por não provado o fato alegado.

Se a prova de sua ocorrência cabia ao Fisco, então a presunção, por parte do aplicador da lei, revela uma inversão do ônus da prova contrária à lei e, por isso, deve ser afastada, não se sustentando a pretensão fiscal.

A razão por que não cabe o emprego de presunções simples é elementar: estando o sistema tributário brasileiro submetido à rigidez do princípio da legalidade, a subsunção dos fatos à hipótese de incidência tributária é mandatória para que se dê o nascimento da obrigação do contribuinte. Admitir que o mero raciocínio de probabilidade por parte do aplicador substitua a prova é conceber a possibilidade de que se exija um tributo sem que necessariamente tenha ocorrido o fato gerador.

São inestimáveis as contribuições do ilustre tributarista Ives Gandra da Silva Martins:

“A presunção não pode ser fato gerador da obrigação tributária, sempre que se referir a fatos absolutamente desconhecidos ou não suficientemente comprovados pelo Fisco”. (Suplemento LTr 112/81)

“As presunções absolutas inexistem, tanto no direito penal, quanto no direito tributário. A presunção absoluta, se prova de elisão existir, transforma sua adoção em ‘ficção jurídica’, isto é, em mentira legal’, por considerar verdadeiro aquilo que a realidade dos fatos demonstra em contrário.

Em verdade, a presunção absoluta que levasse à imposição fiscal, contra a evidência dos fatos, estaria ferindo o princípio da estrita legalidade, que nasce da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Carta Magna". (*Comentários sobre Imposto de Renda*, ed. Res. Tribut. N. 22, 3º trimestre, p. 544)

A fragilidade da autuação se mostra, ainda, no fato de que o destinatário Noberto Freitas Meira foi considerado inapto pela SEF/BA no dia 17.10.00 e o documento autuado foi emitido apenas um mês depois desta data.

Para finalizar, observa-se que a falta de registro regular do destinatário, como contribuinte do ICMS, poderia levar à exigência da diferença entre a alíquota interna e a interestadual, caso fosse esta a acusação fiscal.

pelo acima exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para cancelar as exigências relativas aos destinatários 'Mauro Francisco Moraes' e 'Noberto Freitas Meira'.

Sala das Sessões, 07/07/06.

**Juliana Diniz Quirino
Conselheira**

Jdq/ml