

Acórdão: 18.269/07/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010118764-17
Impugnante: Laginha Agro Industrial S/A
Proc. S. Passivo: Milton de Britto Machado Neto/Outro(s)
PTA/AI: 01.000153199-44
Inscr.Estadual: 126318692.02-68
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – DESTINATÁRIO DIVERSO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. Recolhimento a menor do ICMS objeto de denúncia espontânea, tendo em vista a aplicação incorreta da alíquota no recolhimento da complementação do imposto devido, uma vez que não restou comprovado nos autos que a mercadoria se destinou a outros Estados. Infração caracterizada. Exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II, da Lei 6763/75 mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A partir da conferência da denúncia espontânea apresentada pelo Contribuinte, observou-se recolhimento a menor de ICMS, relativo ao mês de dezembro de 2003, referente à aplicação incorreta de alíquota no recolhimento da complementação do imposto devido pelas operações denunciadas relativas à entrega de mercadorias a destinatários diversos daqueles lançados nos documentos fiscais de saídas de álcool hidratado carburante.

Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 52/56, aos argumentos a seguir sintetizados:

- entre os meses de setembro e dezembro de 2003, procedeu à venda de álcool hidratado destinado a outros fins para a empresa Poly Álcool Industrial Ltda., localizada no Estado do Espírito Santo, emitindo para tanto as notas fiscais com destaque de ICMS à alíquota interestadual de 7%, operações estas realizadas verificando possíveis irregularidades com vista à segurança da negociação, que consistem na busca de informações cadastrais e consultas perante órgãos públicos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- em uma destas operações de consulta ficou constatado que a adquirente teve sua inscrição estadual cassada pelo Espírito Santo, após a realização das vendas;
- considerando o justo receio de que a adquirente do produto tivesse procedido de má-fé, buscou, junto à SEF/MG, a verificação de possíveis irregularidades, no que resultou a denúncia espontânea realizada com base na diferença entre o valor efetivamente recolhido decorrente da operação estadual com o Estado do Espírito Santo (alíquota de 7%), e o que seria devido em razão da operação interestadual realizada com o Estado do Rio de Janeiro (alíquota de 12%);
- toda essa operação foi acompanhada pela SEFAZ/MG, devendo ficar claro que todas as provas estavam sob o poder da fiscalização do Estado de Minas Gerais, a qual sugeriu a denúncia espontânea pela diferença de valores;
- a única prova é uma comunicação eletrônica, realizada com a DGP/SUFIS, da SEF/MG, sugerindo o recolhimento da diferença de 7% para 12%;
- não há como prosseguir com a presente autuação porque cumpriu com suas obrigações no tocante à denúncia espontânea, procedendo ao recolhimento de suposta diferença apontada, em atendimento ao preconizado pela própria Administração Pública;
- a prova de que o produto teria sido destinado ao Estado do Rio de Janeiro está em poder da Administração Pública na SEFAZ/MG, ou ainda, na SEFAZ/RJ;
- a diferença exigida pela fiscalização nesta autuação, com base na alíquota interna de 25%, não está correta, pois o álcool objeto de venda à Poly Álcool era destinado a outros fins que não o carburante e, desta forma, no mínimo, deveria ser considerada a alíquota interna de 18%, nos termos do que dispõe o artigo 12, inciso I, alínea “d” da Lei nº 6.763/75 e artigo 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/MG;
- a fiscalização procedeu à autuação por presunção, quando decidiu aplicar a alíquota de operação interna por supor que o produto não teria saído do Estado de Minas Gerais, o que não se admite pelo ordenamento jurídico vigente;
- recolheu a diferença do imposto, após apuração conjunta com a SEFAZ/MG, que teria a informação de que o produto havia sido localizado no Estado do Rio de Janeiro, e a fiscalização não poderia, jamais, levantar suposição de que não teria ficado comprovado que o produto teria saído do Estado de Minas Gerais;
- as provas existentes demonstram que o produto teria saído do Estado de Minas Gerais e ingressado no Estado do Rio de Janeiro, que exige uma alíquota interestadual de 12%, quantia esta que foi recolhida aos cofres públicos da Fazenda estadual;
- não se pode esquecer a boa-fé da empresa, que verificou a irregularidade e buscou prontamente regularizá-la.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ao final, requer a improcedência da autuação ou, no mínimo, a aplicação da alíquota interna, no percentual de 18%, considerando que o álcool hidratado foi comercializado para outros fins, que não o combustível.

O Fisco se manifesta às fls. 200/205, contrariamente ao alegado pela defesa, destacando que a mensagem da DGP- SUFIS visou dar agilidade à análise de um regime especial e informa que “no mínimo” haveria a diferença de tributação de 7% para 12%.

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 02 de março de 2007, à unanimidade, exarou despacho interlocutório para que a Impugnante apresentasse comprovação do real destinatário da mercadoria objeto da autuação e qual a destinação dada à mercadoria, se para fins carburantes ou outros fins.

A Impugnante comparece aos autos, à fl. 210, e se manifesta no sentido de que o real destinatário poderá ser esclarecido mediante ofício pela própria Secretaria da Fazenda de Minas Gerais à SEFAZ do Estado do Rio de Janeiro e que a mercadoria seria destinada a outros fins que não o carburante em face da informação constante das notas fiscais.

O Fisco se manifesta às fls. 212/213, afirmando que a Impugnante, ao invés de apresentar as comprovações constantes do Despacho Interlocutório, se resume a apresentar o que chama de “resposta ao solicitado”, e acrescentando em síntese:

- examinadas as alegações da Autuada, conclui-se que esta não atendeu a nenhum dos termos de Despacho Interlocutório, além de repetir e insistir na tese desprovida de qualquer prova, de que as mercadorias foram destinadas ao estado do Rio de Janeiro, mas os documentos constantes dos autos comprovam que as irregularidades chegaram ao conhecimento do Fisco através de Avulso de Conferência formado em Uberlândia e certificado pelo Fisco do Estado do Espírito Santo de que tais mercadorias lá não adentraram;

- como à época a empresa pleiteava a obtenção de Regime Especial, ao ficar sabendo que tal irregularidade poderia inviabilizar a concessão do mesmo, procurou antecipar-se à ação fiscal, promovendo o recolhimento espontâneo, de tais diferenças em 04 de fevereiro de 2004, mas só comunicando formalmente à Delegacia Fiscal de sua circunscrição mais de um ano depois, em 25 de fevereiro de 2005, quando a Fiscalização se preparava para proceder à autuação das irregularidades.

Face ao exposto, requer seja julgada improcedente a Impugnação.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual foi lavrado para formalizar as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tais exigências surgiram a partir da conferência da denúncia espontânea apresentada pela ora Impugnante, quando foi observado o recolhimento a menor de ICMS, por ter a mesma aplicado a alíquota de 12% (doze por cento) no recolhimento da complementação do imposto devido pelas operações denunciadas relativas à entrega de mercadorias a destinatários diversos daquele constante nos documentos fiscais de saídas de álcool hidratado carburante.

Alega a Impugnante que a alíquota correta seria efetivamente 12% (doze por cento) uma vez que agiu em consonância com as orientações recebidas da própria Secretaria de Estado da Fazenda e que a mercadoria (álcool hidratado) seria destinada a outros fins que não o carburante.

Nesta linha, importante destacar os termos da mensagem recebida pela Impugnante da assessoria da DGP/SUFIS da SEF/MG, a qual contém os seguintes dizeres:

“Conforme contato e visando agilizar a análise do pedido de regime especial das usinas de Capinópolis e Canápolis e considerando que foi verificada irregularidade nas operações entre as usinas mineiras e a Poly Álcool do Espírito Santo, uma vez que as mercadorias não chegaram no destino, solicitamos:

(.....)

Esclarecemos que a solicitação se faz necessária para verificarmos de quem é a responsabilidade no caso de autuação.

Como lhe informei, há num mínimo a irregularidade da diferença de tributação de 7% para 12%, ou seja, nas operações realizadas Minas perdeu essa diferença.

(.....)”

A leitura e análise desta mensagem não permitem a conclusão de que a mesma conteria um mandamento expresso à ora Impugnante. Primeiro porque a mesma tem uma finalidade específica de buscar esclarecimento quanto a uma situação, qual seja, a concessão de regime especial.

Não vieram aos autos os documentos que foram solicitados na mensagem e que seriam relativos às operações aqui tratadas. Lembre-se que a própria Câmara de Julgamento, conforme explicitado na parte de relatório desta decisão, solicitou também da Impugnante algumas provas com relação às operações realizadas e que foram objeto de denúncia espontânea, mas que, como se verá a seguir, não foram apresentados.

Veja-se, também, que a mensagem recebida não é determinante quanto à alíquota de 12% afirmando que “no mínimo” seria esta a diferença. Como a mensagem solicita documentos, antes de se ter vista dos mesmos não seria possível garantir qual a alíquota seria devida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, no que tange à adequação do procedimento da Impugnante a um possível mandamento da Secretaria de Estado da Fazenda, entende-se que a mensagem recebida não tem o condão de convalidar o procedimento tomado, tampouco a alíquota aplicada pela Defendente quando promoveu a denúncia espontânea.

Como se vê dos trechos da mensagem acima transcrita, em nenhum momento a Fiscalização afirma que as mercadorias teriam entrado no Rio de Janeiro, nem que a diferença seria com certeza aquela apurada entre as alíquotas de 7% (sete por cento) e 12% (doze por cento).

Pela documentação juntada aos autos pode-se concluir que a irregularidade que ensejou a cobrança das parcelas constantes do Auto de Infração em análise foi constatada por um Avulso de Conferência, formado pela Delegacia de Uberlândia, e que teve toda a tramitação, bem como a resposta do Fisco do Estado do Espírito Santo, encaminhada pela Diretoria da DGP/SUFIS.

Como se pode ver também dos documentos apresentados aos autos a documentação solicitada pela DGP/SUFIS de fato foi encaminhada pela Impugnante em 20 de janeiro de 2004, mas só chegou às mãos da Autoridade Autuante em 08 e 09 de maio de 2006.

Entretanto, a Segunda Câmara de Julgamento, buscando formas de se chegar aos exatos valores devidos pela Impugnante, exarou despacho interlocutório com vistas a trazer aos autos provas das alegações da Defendente.

À fl. 210 dos autos, a Impugnante comparece em cumprimento ao citado Despacho Interlocutório e, relativamente à comprovação do real destinatário da mercadoria, não apresenta nenhuma prova conforme instada a fazer, transferindo o ônus de tal comprovação à Secretaria do Estado de Minas Gerais. No que tange à comprovação da real destinação dada à mercadoria objeto da autuação, também não apresenta nenhuma comprovação, alegando que a mesma destinava-se a outros fins, pois assim constava nas notas fiscais.

Neste diapasão, não foi atendido nenhum dos termos do Despacho Interlocutório, restando à Câmara o exame dos documentos já existentes nos autos (fls. 85 a 90), que comprovam que as irregularidades chegaram ao conhecimento do Fisco através de Avulso de Conferência formado em Uberlândia e foi certificado pelo Fisco do Estado do Espírito Santo de que tais mercadorias embora destinadas àquele Estado, lá não adentraram.

Destaque-se novamente que, como à época à Impugnante pleiteava a obtenção de Regime Especial, ao ficar sabendo que tal irregularidade poderia inviabilizar a concessão do mesmo, procurou antecipar-se à ação fiscal, promovendo o recolhimento espontâneo, da forma como julgou correta, usando o entendimento de que a mercadoria teria sido desviada para o Estado do Rio de Janeiro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, cabe ao Fisco, por força da norma contida no artigo 142 do Código Tributário Nacional, buscar a realidade e os exatos valores devidos a Minas Gerais.

Cumprido destacar que houve o recolhimento de tais diferenças em 04 de fevereiro de 2004, mas só ocorreu o comunicado formal à Delegacia Fiscal da circunscrição da Impugnante mais de um ano depois, em 25 de fevereiro de 2005.

A Impugnante coloca em questão a utilização da denúncia espontânea.

Para melhor compreensão do assunto ora em discussão, qual seja, a ocorrência ou não da denúncia espontânea, transcreve-se o artigo 138 do Código Tributário Nacional:

"Art. 138 - A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.
Parágrafo único - Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração." (grifos não estão presentes no original)

A denúncia, portanto, não é considerada espontânea se apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. E, como bem lembra o Doutrinador Luciano Amaro:

"Não é, pois, qualquer motivação externa à vontade do infrator que exclui sua espontaneidade, (...), requer-se a existência de um procedimento fiscal ou medida de fiscalização que já tenha tido início; obviamente, não se pode tratar de procedimento ou medida interna corporis, que a fiscalização tenha implementado, mas de que ainda não tenha dado ciência ao infrator."

Ainda, continuando os ensinamentos de Luciano Amaro, tem-se que não basta o início de qualquer procedimento ou a existência de qualquer medida de fiscalização:

"É necessário, além disso, que a atuação do Fisco esteja relacionada com a infração, no sentido de que o prosseguimento normal dos trabalhos de investigação tenha a possibilidade (não a certeza) de identificar a prática da infração. Se a medida de fiscalização diz respeito limitadamente ao exame de determinado assunto, (...) a espontaneidade não está afastada."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante dos documentos acostados aos autos, dos fatos constantes destes e narrados pela fiscalização não se vislumbra a existência de denúncia espontânea no processo em estudo, tendo em vista que a parcela ora exigida não foi objeto da denúncia espontânea procedida pela ora Impugnante.

Por derradeiro, deve ser destacado que não há como se acolher a tese da Impugnante de que deveria ser aplicada a alíquota interna para o produto álcool hidratado para outros fins que não o carburante.

Relativamente a tal alegação de que a alíquota aplicável não seria de 25% (vinte e cinco por cento), uma vez que a mercadoria não se tratava de álcool hidratado carburante, tem-se que tal não restou comprovado nos autos.

Há informação no presente processo de que a Impugnante opera, quase que na totalidade de suas vendas, com álcool hidratado carburante.

A informação constante das notas fiscais não pode ser considerada isoladamente, pois a própria Impugnante, por meio da denúncia espontânea, reconhece que as mercadorias não foram enviadas ao destinatário descrito nas citadas notas fiscais. Portanto, se a mercadoria não foi destinada à pessoa descrita nas notas fiscais, tais notas fiscais não se afiguram como garantia de que as mercadorias foram utilizadas para fins diferentes do carburante. Destaque-se que a única diferença entre o álcool hidratado para fins carburantes e para outros fins é exatamente a destinação, pois não há diferença física entre as mercadorias.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior e Paulo Roberto Elias Mansur.

Sala das Sessões, 01/08/07.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente/ Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ