

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.444/09/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000214602-36
Impugnação: 40.010125219-73, 40.010125220-58 (Coob.)
Impugnante: Transportadora Planalto Ltda.
CNPJ: 00.308668/0001-09
CDGN Companhia Distribuidora de Gás Ltda (Coob.)
CNPJ: 05.484996/0002-52
Proc. S. Passivo: Fernando Marques/Outro(s) (Aut. e Coob.)
Origem: PF - Além Paraíba – Além Paraíba

EMENTA

MERCADORIA – ENTREGA DESACOBERTADA – A imputação fiscal de entrega de mercadoria desacobertada de documentação fiscal hábil não restou configurada nos autos, sendo incabíveis, assim, as exigências fiscais. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de entrega desacobertada de mercadoria

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso VI.

Inconformadas com a lavratura do Auto de Infração, a Autuada e a Coobrigada, por procurador regularmente constituído, apresentam Impugnações de fls. 20/26 e fls. 41/47, em síntese, aos argumentos seguintes:

- é nula a autuação, por ilegitimidade passiva da Autuada e insegurança na determinação da infração, pois, além de cobrar ICMS de Contribuinte inscrito e situado em outra unidade da Federação, a materialidade apontada esbarra em vícios insanáveis que atingem a apreensão e o lançamento de ofício;

- falta competência ao Estado de Minas Gerais para cobrar o ICMS no caso presente, eis que a operação abordada estava sendo realizada, como efetivamente foi concluída, entre unidades diversas da Federação, não existindo a internação de "mercadorias sujeitas ao tributo estadual" no território mineiro;

- como se pode observar no "Termo de Apreensão", no ato da "Contagem Física" e no próprio Auto de Infração, foram consignados sujeitos passivos diversos não existindo, assim, segurança jurídica na relação entre Fisco e Contribuinte, no que concerne à designação do responsável por eventual débito;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a exigência se encontra baseada em "presunção", pois a "contagem física" registra "GASODUTO MOVEI TWM21 - GNC PLACA KVA 1906 CHASSI 943CAB09371 000826 e este equipamento é bem do ativo imobilizado;

- a contagem física revela exata coincidência entre o "bem" transportado e a nota fiscal apreendida, o que, por si só, esvazia a causa de pedir da Fiscalização;

- não se pode dizer que a nota fiscal encontrava-se, "desacompanhada do produto nele descrito";

- vale destacar que não se fala em transporte "comum" de mercadorias, as quais, contadas, apresentaram divergência de quantidade;

- nota-se que todos os fatos narrados pelo Digno Autuante, que foram utilizados como sustentáculo da autuação, não configuram infração às normas do ICMS, notadamente no que tange à obrigação principal;

- o bem transportado compõe o ativo imobilizado da CDGN, cuja contabilidade é centralizada na matriz, de acordo com a cópia anexa do Diário 05;

- uma vez, por absurdo inadmitido a falta de alcance da incidência do ICMS, imperativo seria se reconhecer, então, que o bem do ativo fixo, utilizado pela CDGN por mais de um ano nas suas atividades fim, gozaria da redução da base de cálculo em 95%, na qualidade de "Máquinas, aparelhos e veículos", conforme legislação mineira;

- o bem objeto do lançamento foi adquirido via financiamento e encontra-se alienado ao Banco Itaú, de acordo com o documento expedido pelo DETRAN em 13 de julho de 2009;

- o GASODUTO PLACA KVA - 1906, de "propriedade" da CDGN (com a alienação mencionada), chegou ao destinatário, ficando elidida a presunção de internação em Minas Gerais;

- cita a Súmula n.º 166 do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, pede que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, ou, no máximo, procedente em parte, para que seja a cobrança do imposto convertida em multa formal, ou para redução da base de cálculo em 95% (noventa e cinco por cento).

À fl. 118 a Fiscalização comunica as Impugnantes "a ocorrência de erro de digitação do AI" o que acarretou "a capitulação da infração divorciada da realidade fática". Assim, foi emitido novo Auto de Infração (fls. 119/120) no qual a Fiscalização operou as correções que entendia necessárias. Foi devolvido o mesmo prazo de impugnação (fls. 129/131).

Por este novo Auto de Infração estão formalizadas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II.

Em face da lavratura do novo Auto de Infração as Impugnantes retornam aos autos, às fls. 133/135 e 165/167, apresentando aditamento às suas peças de defesa, sustentando a improcedência do lançamento, em resumo, com base nos seguintes argumentos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- quando da impugnação ora aditada, comprovou o pagamento da taxa de expediente devida, assim não só é incabível nova taxa, como a representação encontra-se perfeita e regular;

- reitera integralmente os termos das impugnações apresentadas e aduz que a manifestação do respeitável autuante, que indica a "ocorrência de erro na digitação do AI em epígrafe", acarretando na "capitulação da infração divorciada da realidade fática", não deve ser interpretada de forma tão simples;

- em verdade, não houve simples erros de digitação mas foram incluídos nada menos que cinco novos dispositivos legais, sem que se possa vislumbrar equívocos nos dispositivos anteriormente apresentados, caracterizando inserção irregular, feita a partir do conhecimento dos fundamentos da defesa;

- sequer teve direito correspondente, pois não teve acesso a prévia manifestação fiscal, causando um grave desequilíbrio processual, ofendendo, por via conexas, o seu direito de defesa;

- a tentativa de saneamento ora impugnada demonstra a absoluta insegurança da Autoridade na determinação e configuração da infração;

- o art. 96, inciso X do RICMS/MG não deixou de ser atendido no caso presente, conforme documentação mencionada no corpo do próprio Auto de Infração;

- já o art. 96, inciso XVII, do mesmo regulamento é referência genérica da norma e que não atribui qualquer irregularidade específica ao caso presente;

- o inciso XIX do art. 96, fala da obrigatoriedade de se acobertar por documento fiscal as operações e prestações realizadas, o que foi atendido;

- o art. 39, §1º, da Lei n.º 6.763/75 não foi descumprido, pois a operação flagrada se fazia acompanhar de documentação fiscal, e o que se discute na lide a legitimidade passiva da Autuada, os erros formais na feitura do auto, a equivocada presunção fiscal, a inexistência de divergência entre o documento e o bem transportado, a contagem física, a inoportunidade da infração de caráter principal, a não incidência do ICMS, a redução da base de cálculo e a Súmula 166 do STJ;

- o art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75, se reporta a multa por infração, que, como sobejamente comprovado, não foi praticada;

- o Termo de Contagem Física, datado de 04 de junho de 2009, a esta altura, devido ao decurso de tempo, não pode mais ser utilizado para configurar a infração.

Ao final, ratifica a sua impugnação, pede que sejam consideradas as razões ora aditadas e reitera seus pedidos.

O Fisco se manifesta às fls. 189/196, contrariamente ao alegado pela defesa, resumidamente, aos argumentos que se seguem:

- propedeuticamente, há de se considerar que os impugnantes deveriam se defender dos fatos, cuja responsabilidade lhe são atribuídos e estes se olvidaram, em suas razões, de enfrentar a hialina materialidade fática provada do calçamento do documento fiscal apresentado, que torna evidente seu desiderato de burlar a legislação tributária, com repercussão em outros ramos do Direito Público;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- por outro aspecto, deveriam trazer à luz da razão a plausibilidade da ausência no documento fiscal de carimbos estaduais de controle do trânsito de mercadorias, que corrobora na afirmação que os sujeitos passivos em suas condutas visavam um fim colimado adverso da normativa tributária;

- observe-se que o transportador, na condição de Autuado, detinha um documento fiscal, viciado pelo calçamento de suas datas de emissão e saída e sem as correspondentes mercadorias, tendo sua responsabilidade solidária nascedouro no art. 21, inciso II, alínea “b” da Lei n.º 6.763/75;

- no que respeita ao Coobrigado, indubitável a legitimidade de sua inclusão no polo passivo, eis que deste decorre a responsabilidade pela emissão irregular do documento fiscal nº 0002 e ausência de seu registro fiscal tempestivo;

- sendo assim, cai por terra a arguição de que a contagem física foi realizada em nome do autuado e a apreensão em nome da CDGN, Coobrigada;

- não bastasse a solidariedade entre as partes, a contagem física é realizada em nome do transportador por que este tem a incumbência de acompanhar tal verificação fiscal;

- a emissão do documento fiscal, ainda que viciado, a princípio, ocorreu no âmbito da empresa, sendo parte de sua escrita fiscal;

- há de se concluir pela não existência de vício na eleição dos sujeitos e preenchimento da documentação inerente ao Auto de Infração;

- o constituinte originário bem definiu a competência tributária dos Estados Membros da Federação em seu horizonte territorial;

- no sentido do justo e do razoável, relate-se que o transportador apresentou documentos fiscais referentes a horizontes temporais diversos, diferentes emitentes e trajetos, discriminado uma mesma mercadoria;

- verificou-se a existência de dois documentos fiscais com diferentes datas de emissão e emitentes, ambas se referindo a uma mesma mercadoria, sendo acolhida para o trânsito aquela que se afigurava compatível com a operação real. No entanto, que tal acolhimento não ilide a ação fiscal em relação àquela nota que restou sem a respectiva mercadoria;

- a existência do documento fiscal desacompanha da mercadoria nela consignada, consubstanciada pela contagem física de mercadorias, em território mineiro, por si só, tem o condão de afastar a mera presunção de infração tributária, para materializar a efetiva ocorrência do fato gerador suscetível da exação, na espécie;

- dado o princípio da autonomia dos estabelecimentos, o documento de fl. 37, indica que o bem se encontra em nome da filial CDGN Companhia Distribuidora de Gás, Praia Grande SP, CNPJ 05.484996/0005-03, enquanto o documento fiscal apreendido tem como suposto remetente CDGN Companhia Distribuidora de Gás Natural Ltda., Cabedelo PB, CNPJ 05.484.996/0002-52;

- oportuno constatar a ausência de apresentação de documento de transferência de ativo entre as filiais;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o documento tomado com base para autuação, refere-se a tempo pretérito;
- a entrega desacobertada fez emergir os aspectos ensejadores da ocorrência do fato gerador do ICMS do qual é sujeito ativo o Estado de Minas Gerais;
- as alterações efetuadas no Auto de Infração são plenamente exequíveis e salutares, e devem ser levadas ao conhecimento dos Impugnantes para que eles possam produzir a sua defesa com plena segurança das infrações que lhe foram imputadas;
- prestigiados foram os princípios do contraditório e da ampla defesa, quando reaberto o prazo para que os Impugnantes se manifestassem;
- impende trazer à discussão a observância do princípio do direito público “*pas de nullité sans grief*”, ou seja, não se declarará nulo nenhum ato processual quando este não causar prejuízo, nem houver influído na decisão da causa ou na apuração da verdade real;
- não se vislumbra nenhuma hipótese de que tais inserções foram feitas de forma irregular e visando a contornar os fundamentos da defesa dos Impugnantes, tampouco que o Termo de Contagem Física tenha se tornado ineficaz;
- por último, cabe ressaltar que a “*mens legis*” do Estado é de que todo contribuinte, de qualquer Unidade da Federação, venha a observar de forma harmônica, criteriosa, honesta, ética e com probidade a Legislação Tributária sobre o ICMS.

Ao final, solicita seja julgado procedente o lançamento, sem qualquer alteração no crédito tributário constituído, nos termos em que foi lavrado.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe lavrado, inicialmente para formalizar as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso VI (fls. 02/03).

Posteriormente, o referido Auto de Infração foi reformulado passando as exigências a serem de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II (fls. 119/120). Portanto, no que se refere às exigências fiscais, a alteração feita foi com relação a exigência da multa isolada.

Registre-se que os valores expressos no Auto de Infração de fls. 02/03 são os mesmos descritos no Auto de Infração de fls. 119/120.

Importante observar de pronto que a apreciação feita pela Câmara está adstrita ao Auto de Infração de fls. 119/120, portanto, com a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75 que tem a seguinte redação:

“Art. 55 – As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

.....”

Como a matéria tratada nos presentes autos é fática, importante verificar-se o teor do relatório do Auto de Infração em apreciação, a saber:

“Às 10:00 horas do dia 03/07/2009, em ação fiscal no Posto Fiscal de Além Paraíba, foi apresentada pelo condutor do veículo transportador, ambos identificados ambos identificados neste AI, o documento fiscal de nº 00002, emitido em 03/10/2008, por CDNG Companhia Distribuidora de Gás Ltda, CNPJ 05.448.996/0002-52, IE 16.148.676-2, estabelecida em Cabedelo o PB, destinada a CDNG Companhia de Gás Ltda., CNPJ 05484996/000503, IE 558.208.754.113, estabelecida em Praia Grande, SP, desacompanhado do produto descrito naquele, conforme contagem física mercadorias em trânsito em anexo, que contempla os demais documentos apresentados, cópias em anexo, ou seja, as notas fiscais de 132 e 133 ambas emitidas por CDGN Companhia Distribuidora de Gás Natural Ltda., CNPJ 05.484.996/0005-03, 558.208.754.113, Praia Grande, SP, em 27/05/2009, com destino a CDGN Companhia Industrial de Gás Ltda, CNPJ 05.484 996/0006-86, IE 202070328, estabelecida em Currais Novos, RN.

Noutro giro, destaque-se que o primeiro documento apresenta em sua primeira via, objeto do termo de apreensão, data diversa daquela constante da via fixa do bloco, como restou provado através de fax enviado pela matriz da empresa localizada no Rio de Janeiro, RJ.

Insta consignar que o referido documento, ainda que denote originalmente um significativo percurso entre Cabedelo, PA, e Praia Grande, SP, inobserva-se neste qualquer afixação de carimbo dos postos de fiscalização existentes naquele trajeto. Destaque-se que os carimbos ali existentes são do Posto de Nhangapi, RJ, data de 03/06/2009 e deste posto fiscal no ato da fiscalização que deflagrou a presente exação.

Nesse diapasão, considerando-se o contexto fático, presumiu-se a entrega desacobertada na forma da legislação aplicável, cuja materialidade retratada de forma hialina na supra citada contagem física.

.....”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frise-se, para que fique clara a situação, que à fl. 118 a Fiscalização comunica às Impugnantes “a ocorrência de erro de digitação do AI” o que acarretou “a capitulação da infração divorciada da realidade fática”. Assim, foi emitido novo Auto de Infração (fls. 119/120) no qual a Fiscalização operou as correções que entendia necessárias. Foi devolvido o mesmo prazo de impugnação (fls. 129/131).

Por este novo Auto de Infração estão formalizadas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II.

Este é o lançamento aqui analisado.

Cumpra-se destacar que a reabertura do mesmo prazo de impugnação demonstra que não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa das Impugnantes.

O chamado “Processo Tributário Administrativo” constitui-se em verdade em um procedimento tendente a apuração de irregularidades que ensejaram o descumprimento das obrigações principais e/ou acessórias. Desta forma, observados os prazos de prescrição e decadência, é permitido ao Fisco a devida apuração dos fatos e a formalização das exigências que porventura existam.

Portanto, a reformulação de um auto de infração é possível no curso do procedimento administrativo, desde que atenda a todos os requisitos dos atos administrativos.

Nesta linha, verifica-se que as infringências e penalidades encontram-se relacionadas com a devida clareza no Auto de Infração de fls. 119/120.

Acrescente-se que esta conclusão é permitida por estar-se aqui adotando o posicionamento de que o processo tributário administrativo trata-se verdadeiramente de um procedimento tendente a apurar os valores devidos ao Estado podendo ser adequado em seu desenrolar, respeitando, como já dito, os prazos de prescrição e decadência.

Este mesmo entendimento é compartilhado pelos diversos doutrinadores pátrios, dentre os quais cite-se:

“Em verdade, quando Administração e administrado discutem sobre o índice de procedência legal do lançamento efetuado, o que de fato acontece é a instalação de um procedimento administrativo, que pretende ser contraditório, propiciando à Fazenda Pública o controle de legalidade de seus próprios atos.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439.)

Neste diapasão, inexistente nulidade no presente procedimento do Fisco.

Atente-se que foram reabertos os prazos processuais para o pagamento do crédito tido como devido com as reduções previstas na Lei n.º 6.763/75 ou mesmo apresentação da defesa, medidas estas que afastam qualquer vício de procedimento por parte do Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à preliminar levantada pela Impugnante de ilegitimidade passiva, esta se confunde com o mérito das exigências e será, juntamente com ele, analisada.

O fato de constarem no "Termo de Apreensão", na "Contagem Física" e no próprio Auto de Infração, aposição de sujeitos passivos em locais e com denominações diversas não atinge a segurança jurídica na relação entre Fisco e Contribuinte. Pode ocorrer apreensão em nome de um contribuinte e o auto de infração ser lavrado em nome de outro. A apreensão é um instrumento para averiguação por parte do Fisco que deve apenas lavrar uma autuação nas hipóteses de ocorrência de infração à legislação tributária e contra quem efetivamente cometeu o ato que configure dita infração.

Contudo, nos presentes autos a "Contagem Física de Mercadorias em Trânsito" de fl. 09 revela exata coincidência entre o "bem" transportado e a nota fiscal apreendida.

Veja-se que a contagem física não contempla qualquer outro documento ou elemento. No quadro específico cita apenas a existência de 1 gasoduto móvel TWM21 – GNC, placa KVA 1906, que se encontra acobertado por nota fiscal.

A "Contagem Física de Mercadorias em Trânsito" de fl. 09, não se reporta a qualquer nota fiscal, mas sim ao produto que se encontrava em trânsito (gasoduto móvel), o qual é integrado ao veículo de PLACA KVA 1906.

Resta comprovado que não havia divergência entre o produto descrito no documento fiscal de fls. 04/05 e aquele a que se refere a "Contagem Física de Mercadorias em Trânsito".

Desta forma, não existe relação entre a imputação fiscal citada no Auto de Infração e a "Contagem Física de Mercadorias em Trânsito".

Ressalte-se que também o Auto de Retenção de Mercadorias – ARM de fl. 12 dá conta da retenção de uma mercadoria descrita como um gasoduto móvel.

Ademais, a Nota Fiscal n.º 0133 (fl. 13), também descreve o mesmo gasoduto móvel, neste caso, ainda mais especificado pois além de sua placa é citado o número do chassi.

Destaque-se que a matéria aqui tratada não se assemelha a vários casos julgados neste Órgão os quais tratam de transporte de mercadorias que, contadas, apresentaram divergência de quantidade.

No caso dos autos trata-se de um só gasoduto, Placa KVA 1906.

Veja-se que a Nota Fiscal n.º 133 (fl. 13) foi lançada no livro Registro de Entrada do destinatário. A natureza da operação nela descrita é remessa de ativo imobilizado.

Esclarece também a Impugnante que o gasoduto é utilizado pelos diversos estabelecimentos da CDGN nas atividades que compõem o seu desiderato social.

Portanto, o bem transportado compõe o ativo imobilizado da CDGN, cuja contabilidade é centralizada na matriz, de acordo com a cópia do livro Diário 05.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, deve ainda ser verificado que a operação realizada não configuraria incidência do ICMS, a teor das disposições contidas no RICMS/MG.

Por todo o exposto, mesmo tendo em vista a reformulação procedida no Auto de Infração, não se encontra configurada a infração.

Importante registrar que em sua manifestação o Fisco fala de calçamento do documento fiscal no que tange às suas datas de emissão e saída e que este indicaria quantidade de mercadoria inferior aos documentos fiscais apresentados ao Fisco Mineiro. Contudo, estas questões não estão plenamente provadas nos autos.

Observe-se que, até mesmo diante da penalidade exigida no Auto de Infração ora em apreciação (fls. 119/120), a imputação fiscal ora analisada não se trata de calçamento de documento fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros e Edécio José Cançado Ferreira.

Sala das Sessões, 15 de dezembro de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora