

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.387/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169914-84
Impugnação: 40.010129750-79
Impugnante: Destilaria Senhora da Glória Ltda
IE: 001015713.00-02
Proc. S. Passivo: Keli Campos de Lima/Outro(s)
Origem: DF/Sete Lagoas

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO DIVERSO. Constatou-se a emissão de documentos fiscais consignando destinatário diverso daquele a quem a mercadoria efetivamente se destinava. Infração caracterizada. Considerando que não se pode precisar qual o real destinatário dos produtos, as operações devem ser consideradas internas. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para exclusão de nota fiscal objeto de autuação anterior. Exigências de ICMS (complementação da alíquota), Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente, no art. 56, inciso II e art. 55, inciso V da Lei nº 6763/75. Lançamento parcialmente procedente nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a emissão de notas fiscais consignando destinatário diverso daquele a quem a mercadoria efetivamente se destinou (álcool etílico hidratado p/ outros fins) tendo sido caracterizada a infração ante as declarações prestadas pelo Fisco do Estado do Rio de Janeiro.

Exige-se ICMS resultante da complementação entre alíquota interna e interestadual (6 %), a respectiva Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso V, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 102/130, com juntada de documentos de fls. 131/496, requerendo, em preliminar, a nulidade do Auto de Infração.

Sucessivamente, pugna pela improcedência do lançamento ou, em acatamento ao princípio da eventualidade, pede que seja afastada a aplicação de penalidades, juros e correção monetária, nos termos do art. 100 do CTN ou ainda reduzida a multa aplicada, em face do princípio da equidade, nos termos do art. 53 da Lei nº 6.763/75. Outrossim, pugna pela produção de prova pericial, apresentando quesitos de fls. 129.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por conseguinte, o Fisco reformula o crédito tributário às fl. 500/501, por excluir a Nota Fiscal eletrônica nº 000063, de 04/11/08, pois já havia sido objeto de autuação pelo DAF nº 04.0002130718-20.

Regularmente intimada, a Impugnante não comparece aos autos.

O Fisco então se manifesta nos autos, às fls. 515/522, requerendo a procedência do lançamento nos termos da retificação, e anexando os documentos de fls. 524/561.

A Autuada adita sua impugnação, fls. 567/575, questionando primeiramente a diligência do fisco fluminense e esoposando, em síntese, seu entendimento de que os documentos trazidos na manifestação fiscal, diversamente do pretendido, comprovam a efetividade da venda, o envio e recebimento da mercadoria. Reitera, pois, seus pedidos anteriormente descritos.

Em nova análise, o Fisco entende que as alegações da Contribuinte não trazem nenhum elemento novo, razão pela qual confirma seu pedido de procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante defende inicialmente o não cumprimento de todos os requisitos do Processo Tributário Administrativo, mais especificamente o art. 83 do Decreto Estadual nº 44.747, de 03 de março de 2008, que estabeleceu o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), in verbis:

Art. 83. Para efeitos de desconsideração do ato ou negócio jurídico o servidor, após o início da ação fiscal, deverá:

I - intimar o sujeito passivo a prestar esclarecimentos, no prazo de 20 (vinte) dias, sobre os fatos, causas, motivos e circunstâncias que levaram à prática do ato ou do negócio jurídico com indício de dissimulação;

II - após a análise dos esclarecimentos prestados, caso conclua pela desconsideração, discriminar os elementos ou fatos caracterizadores de que os atos ou negócios jurídicos foram praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária;

III - descrever os atos ou negócios equivalentes aos praticados, com as respectivas normas de incidência dos tributos; e

IV - demonstrar o resultado tributário produzido pela adoção dos atos ou negócios equivalentes referidos no inciso anterior, com especificação, por imposto, da base de cálculo, da alíquota incidente e dos acréscimos legais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não assiste razão à defesa.

O dispositivo transcrito tem como origem as disposições do art. 116 do CTN, redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Vê-se que uma correta interpretação do parágrafo único retro transcrito demonstra que a “desconsideração de atos ou negócios”, pela autoridade administrativa, atinge atos com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza constitutiva da obrigação tributária.

E, considerando que dissimular é um ato tendente a esconder um fato real, razão não assiste à defesa. Como bem destacado pela Fiscalização, em momento algum o Fisco mineiro alega que não houve a saída da mercadoria ou a sua movimentação física. Pelo contrário, as premissas e a conclusão dos trabalhos, com exigência do ICMS ao percentual de 6% (seis por cento) se deram exatamente pela existência de saída da mercadoria e conseqüente fato gerador de incidência do imposto.

Assim, não há, como efetivamente não houve, situação fática para desconsideração de negócio jurídico praticado com a finalidade de descaracterizar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, como autoriza o parágrafo único do art. 116 do CTN.

Reforça-se: a acusação fiscal constante do Auto de Infração impugnado refere-se a destinatário diverso e complementação de alíquota do imposto.

Em assim sendo e compulsando os outros elementos dos autos, verifica-se total atendimento do lançamento fiscal ao disposto no art. 142 do CTN, desconstituindo aludida ofensa ao princípio da legalidade.

No tocante ao alegado cerceamento de defesa, aqui melhor sorte não assiste à Autuada. O Fisco carregou aos autos toda a documentação que justificou sua conclusão de entrega de mercadoria a destinatário diverso.

Em consequência, a Impugnante faz ampla explanação, tanto sobre as provas trazidas na autuação, como sobre os documentos que, sob seu entendimento, comprovam a existência das operações com o destinatário descrito nas notas fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Justifica, portanto, a conclusão de que inexistiu qualquer óbice à Litigante ao exercício regular do contraditório e da ampla defesa.

A Autuada traz também pedido de realização de perícia técnica, apresentando os quesitos de fls. 129.

A realização de prova pericial consiste em uma vistoria ou exame de caráter técnico especializado, capaz de suprir as dúvidas daquele que não é o especialista no assunto sob análise.

No caso dos autos, há quesito apresentado que versa sobre fatos ou situações de conhecimento pleno da Fiscalização e da própria Autuada, como: “se o ICMS recolhido corresponde à alíquota legalmente prevista”.

Para os outros, vê-se que eles são trazidos à baila com o intuito de reforçar convicções já afirmadas pela defesa, e que são exatamente a análise dos Conselheiros, como por exemplo:

- se os documentos consultados pela empresa Destilaria Senhora da Glória LTDA são hábeis a lhe indicar a regularidade da empresa Recuperadora e Comércio de Produtos Químicos Beira Rio do Vale LTDA.

Assim, forçoso reconhecer como desnecessária a eventual perícia.

O art. 142 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 assim dispõe:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

c) considerado meramente protelatório.

Diante do exposto, indefere-se de plano a produção da prova pericial.

Do Mérito

Consoante relatório inicial, o presente lançamento trata da emissão de notas fiscais consignando destinatário diverso daquele a quem a mercadoria (álcool etílico hidratado p/ outros fins) efetivamente se destinou, tendo sido caracterizada a infração ante as declarações prestadas pelo fisco do Estado do Rio de Janeiro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Antes de adentrar-se no mérito do lançamento, necessário se faz tecer algumas considerações trazidas pelo Fisco.

Com a finalidade de coibir práticas de sonegação em setor estratégico para o Estado, realizou-se, dentre outras ações, verificações junto às empresas destinatárias de combustíveis, através de convênios de mútua colaboração entre as unidades da Federação, no sentido de comprovar a efetiva entrada da mercadoria.

Nesta linha de ação, formou-se o Pedido de Verificação Fiscal Eletrônico-PVF-e 2009/01969, que gerou uma demanda junto ao fisco fluminense no sentido de comprovar as efetivas entradas de álcool, acobertadas pelas notas fiscais eletrônicas da Autuada, relacionadas na planilha de fls. 08, na empresa RECUPERADORA E COM. DE PROD. BEIRA RIO DO VALE LTDA, CNPJ 07.441.902/0001-02, com localização à Av. Presidente Kennedy nº 2.440 no município de Barra Mansa - RJ.

Em resposta, fl. 97, foi informado que a empresa RECUPERADORA E COMERCIO DE PRODUTOS QUIMICOS BEIRA RIO DO VALE LTDA não funcionava no local indicado nas referidas notas fiscais, tendo, inclusive, sua inscrição estadual impedida a partir de 02/10/08, mediante processo E-40/042330/2008.

Consoante detalha o Fisco, a constatação de inexistência da empresa e o posterior impedimento da inscrição estadual foram motivados por diligência efetuada no local, onde a fiscalização fluminense constatou que a empresa não se encontrava ali instalada. Para comprovação desse fato, tirou-se fotos (realizadas através do portão frontal), buscou-se informações de vizinhos, bem como verificou-se outros elementos (correspondências de outra empresa, com o mesmo endereço, no local).

Assim, tem-se que houve por parte dos fiscais do Rio de Janeiro o cuidado na apuração dos fatos e na delimitação do seu alcance.

Por sua vez, o fato de que consta dos autos o relato fiscal por *e-mail* não representa qualquer vício à sua legalidade. Ele representa apenas a origem do documento formal (Ofício CCAFI/DIF Nº 206/10) da Divisão de Intercâmbio Fiscal da Secretaria de Fazenda/RJ, encaminhado à Secretaria de Fazenda mineira, do qual não se pode negar validade.

Ademais, sendo ato da administração pública e, portanto, gozando de presunção de veracidade, descabido se torna o questionamento da Impugnante.

Outrossim, não é somente a inexistência da destinatária que embasa a autuação, mas é a própria operação em si que possui elementos ou, em certos aspectos, falta elementos, que possibilitam a conclusão quanto a entrega de mercadorias a destinatário diverso. Explica-se.

Inicialmente, o Fisco menciona os motivos que ensejaram a Fazenda Pública a atentar para as operações efetuadas pela Impugnante, quais sejam:

1. no dia 05/11/08, a Litigante foi autuada no Posto Fiscal de Muriaé, momento em que foi desconsiderado o DANFE nº 000.000.063, destinado à também RECUPERADORA E COM. DE PROD. BEIRA RIO DO VALE LTDA, tendo em vista o trajeto incompatível. A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

autuação foi quitada quando da ação fiscal, pelo DAF nº 04.002130718-20;

2. no dia 29/11/08, a Litigante teve seu caminhão retido no Posto Fiscal de Geraldo Arruda, em Itabirito, culminando na lavratura do AI nº 02.000214302-05, em face da constatação de que a destinatária, RECUPERADORA E COM. DE PROD. BEIRA RIO DO VALE LTDA, encontrava-se desativada. Nesse lançamento, a ora Autuada foi incluída no polo passivo como Coobrigada. A autuação foi quitada, conforme informação constante de fls. 542.

Para melhor entendimento, transcreve-se excerto da manifestação fiscal, a respeito:

“Em 05/11/2008, o veículo placa KUQ 3310 RJ que transportando 14.835 litros de álcool acompanhado do DANFE nº 063, emitida pela autuada e destinada à empresa RECUPERADORA COM. E IND. BEIRA RIO DO VALE LTDA, com sede no município de Barra Mansa - RJ, localizado no extremo sul daquele Estado, próximo com a divisa com o Estado de São Paulo, foi abordado e autuado pelo Posto Fiscal de Muriaé, localizado na rodovia BR 356, fronteira com do Estado do Rio de Janeiro, porém na região norte daquele Estado. Esta rodovia dá acesso à cidade de Campos dos Goytacazes - RJ, diametralmente oposto à cidade de Barra Mansa (vide mapa em anexo). Pela Nota Fiscal Avulsa de nº 064304, emitida pela fiscalização, constatamos que a abordagem do referido veículo foi efetuada em estrada vicinal, em rota de desvio do referido Posto Fiscal, e a mercadoria destinada, após quitação da autuação, à cidade de Campos dos Goytacazes. Esclarecemos ainda, que a documentação original referente à citada autuação e juntada agora a esta manifestação fiscal, encontrava-se em poder da impugnante e foi por ela apresentada quando da solicitação da documentação fiscal através do Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.110000609-31.”

Salientamos ainda, que em relação à autuação efetuada pelo Posto Fiscal Geraldo Arruda, acima informada, a impugnante também teve conhecimento da situação fiscal da empresa destinatária, pois figurou no polo passivo da mesma como coobrigada, vindo a quita-la junto 1ª PDA/AGE.”(sic)

Assim é que, havendo indícios, buscou-se confirmar outras operações existentes entre a Autuada e a pretensa destinatária, RECUPERADORA E COM. DE PROD. BEIRA RIO DO VALE LTDA.

A defesa sustenta a regularidade das operações trazendo aos autos farta documentação. Anexa, para cada DANFE, cópia da consulta SINTEGRA efetuada na data do mesmo, cópias dos documentos dos veículos transportadores (CRLV), cópias

dos documentos de habilitação dos motoristas etc., documentos estes que, segundo seu entendimento, comprovam também a boa fé da Litigante.

O Fisco, em sua manifestação, questiona tais documentos, correlacionando a existência deles ao fato de que a Autuada tinha conhecimento da irregularidade na empresa destinatária e de que as mercadorias remetidas tinham outro destino diverso daquele consignado nos documentos fiscais. Nessa premissa, destaca a expressão “além da legalidade”, buscada na frase da Impugnante, quando defendeu ter adotado procedimentos que comprovavam a existência das operações (fl. 111).

Note-se que, diferentemente do trazido pela Impugnante, não é esperado que a cada operação realizada com a mesma empresa destinatária, sendo várias no mesmo dia e em datas bem próximas (vide fls. 08), haja pesquisa ao SINTEGRA acerca da regularidade da mesma. Destaca-se que há casos em que há duas pesquisas ao SINTEGRA no mesmo dia (vide ex.: fls. 191 e 204).

Merece menção o fato de que os dois motoristas envolvidos nas autuações dos postos fiscais acima relacionadas são também motoristas de algumas das operações ora em questão.

Certo é que sendo indícios, há de se buscar nos autos outros elementos que permitem a conclusão fiscal de entrega a destinatário diverso.

A Autuada alicerça sua defesa na efetividade das operações. Diz que toda operação encontra-se lastreada em contratos que especificam o volume do produto adquirido, os períodos de pagamento e de retirada dos referidos produtos. Informa que todas essas movimentações encontram-se devidamente registradas no livro Razão e no livro de Saída de mercadorias.

No que tange aos contratos, veja-se que eles não têm os elementos normais de um contrato efetuado entre duas empresas distintas. Pelo contrato de fls. 163, vê-se que para uma previsão de aquisição de 450 m³ (quatrocentos e cinquenta metros cúbicos) de AEH, não há, por exemplo, cláusula de forma de pagamento e valor de pagamento parcial, conforme período estipulado, e nem há qualquer cláusula prevendo penalidade por eventual inadimplemento das partes.

A Impugnante acrescenta que todos os pagamentos realizados pela empresa destinatária foram efetivados através de depósito “on-line” identificado através do CNPJ da empresa destinatária (07.441.902/0001-72), conforme demonstra extrato bancário anexado aos autos (fls. 473/551).

Como bem salientado pelo Fisco, apesar da aparente lisura nos demonstrativos apresentados, do número do CNPJ como identificador dos referidos depósitos, há uma constatação que evidencia claramente que os referidos pagamentos não se originaram da empresa consignada como destinatária das notas fiscais.

Ao analisarem-se os referidos pagamentos, chama a atenção o fato de que todos eles foram efetuados através de depósitos “on-line” em dinheiro, em valores substanciais. Veja que todos os depósitos são da ordem de dezenas de milhar. Exemplificando, o depósito de fls. 164 tem valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não fosse o bastante, tais pagamentos são originários de diversas cidades e, nenhum deles foi efetuado no município consignado nas notas fiscais como de localização da empresa destinatária, a cidade de Barra Mansa – RJ.

Da manifestação fiscal, extrai-se um quadro resumo dos pagamentos, por localização das agencias, extraído do extrato bancário apresentado pela Autuada e que também constam dos quadros de fls. 119 a 124 da impugnação como “Histórico/Recebimento Origem”.

COD. AG.	CIDADE	ESTADO	Nº DE DEP.	VALOR (R\$)
00005	Campos dos Goitacazes	RJ	01	36.100,00
03127	Campos dos Goitacazes	RJ	21	560.960,00
03028	Campos dos Goitacazes	RJ	03	107.100,00
00850	Itaboraí	RJ	03	243.094,00
00107	Cantagalo	RJ	03	44.850,00
03844	Conceição de Macabú	RJ	01	13.000,00
01708	Rio de Janeiro	RJ	01	5.799,20
00335	Nova Friburgo	RJ	01	25.101,00
01652	Bom Jardim	RJ	01	30.000,00
TOTAL			35	1.066.004,20

Acrescente-se ao mesmo, mapa rodoviário do estado do Rio de Janeiro, fls. 552, onde os Autuantes fazem a indicação das referidas cidades em relação à cidade de Barra Mansa, bem como a rota da carga flagrada pela fiscalização mineira em irregularidade idêntica à presente autuação fiscal.

Do exposto, forçoso concluir que tal procedimento foge completamente à praxe comercial adotada entre as empresas, onde, conforme já mencionado, não há um contrato revestido das formalidades legais e garantias, o pagamento de vultosa quantia foi efetuado através de “depósitos online em dinheiro”, quando a pratica comercial aponta para transferência bancaria entre contas da empresa adquirente e vendedora.

A simples indicação do numero do CNPJ nos referidos depósitos bancários, efetuados em cidades diversas e distantes da sede empresa, ao contrario do que quer a Impugnante, não apresenta capaz de rechaçar as provas trazidas pela Fiscalização de que as mercadorias constantes da referidas notas fiscais não deram entrada na empresa consignada como destinatária das mesmas.

Assim, restou fartamente demonstrado nos autos que as mercadorias tiveram outro destino que não o estabelecimento descrito como destinatário, estando correta a exigência da Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso V, da Lei 6763/75. Não é possível, portanto, a aplicação in casu do art. 112 do CTN, como entendido pela defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outrossim, como não é possível precisar qual o real destinatário do produto, as operações devem ser consideradas internas, sendo devida também a cobrança do ICMS (diferença entre alíquota interna e interestadual) e da multa de revalidação.

A Impugnante pede que seja afastada a aplicação de penalidades, juros e correção monetária, nos termos do art. 100 do CTN, por advogar que agiu induzida pelas consultas realizadas junto aos órgãos fazendários.

O dispositivo prevê:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Consoante se infere do dispositivo retro, não é possível a conclusão obtida pela defesa. A consulta ao sistema SINTEGRA não atende às previsões dos incisos do art. 100, capaz de possibilitar a exclusão prevista em seu parágrafo único.

Atente-se pelo fato de que a própria consulta traz em seu escopo a observação: “Os dados acima estão baseados em informações fornecidas pelo próprio contribuinte cadastrado. Não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de direito, não são oponíveis à Fazenda e nem excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com ele ajustadas” (grifou-se).

Outrossim, nega-se a redução da multa, pretendida nos termos do art. 53 da Lei nº 6.763/75, por óbice literalmente previsto. Transcreve-se:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

...

§ 3º A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo. (grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco, às fls. 507. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Relator) e Sauro Henrique de Almeida, que o julgavam improcedente. Designada relatora a Conselheira Ivana Maria de Almeida (Revisora). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 16 de fevereiro de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora / Designada**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.387/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169914-84
Impugnação: 40.010129750-79
Impugnante: Destilaria Senhora da Glória Ltda
IE: 001015713.00-02
Proc. S. Passivo: Keli Campos de Lima/Outro(s)
Origem: DF/Sete Lagoas

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 53 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.

Da Preliminar

Argui a Contribuinte, em sede preliminar, a nulidade do Auto de Infração em comento ao fundamento de inobservância ao preceito insculpido no item I, do art. 83, do Decreto Estadual nº 44.747/2008, o qual dispõe que “para efeitos de desconsideração do ato ou negócio jurídico o servidor, após o início da ação fiscal, deverá intimar o sujeito passivo a prestar esclarecimentos, no prazo de 20 (vinte) dias, sobre os fatos, causas, motivos e circunstâncias que levaram à prática do ato ou do negócio jurídico com indício de dissimulação”.

Aduz a Impugnante não ter sido intimada a prestar esclarecimentos, no prazo de 20 (vinte) dias, acerca do que reputa “desconsideração de negócio jurídico” perpetrado pelo Fisco na presente autuação, sustentando em suas razões (f.105) amoldar-se a questão fática dos autos à referida hipótese legal, na medida em que a fiscalização desconsiderou o “...fornecimento de álcool etílico para empresa contribuinte de ICMS, no caso a empresa Recuperadora e Comércio de Produtos Químicos Beira Rio do Vale Ltda (...) para presumir a destinação do produto a consumidor final, efetuando a cobrança correspondente à diferença das alíquotas que seriam cobradas em cada caso.”

Já o Fisco, por sua vez, manifestou-se (f. 518-19) no sentido de que “em momento algum o fisco mineiro alega que não houve a saída da mercadoria ou a sua movimentação física. As autuações efetuadas pela fiscalização mineira de trânsito, referente às NF-e nº 063 e 077 em situação irregular (desclassificação – trajeto incompatível e desclassificação divergência respectivamente) ambas quitadas, bem como o acompanhamento fiscal na empresa, com verificações periódicas dos estoques,

reforçam que ocorreu a saída de mercadoria e conseqüentemente fato gerador de incidência. Assim, não há como efetivamente não houve, por parte do fisco, situação fática para desconsideração de negócio jurídico praticado com a finalidade de descaracterizar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária...”.

Pois bem. Da leitura do relatório fiscal de f. 06, depreende-se com clareza que a irregularidade apurada sobre a qual versa a presente autuação, consiste na indicação, em notas fiscais de venda, de destinatário diverso daquele a quem a mercadoria efetivamente se destinou. Verifica-se, pois, que a autoridade fiscal não se ocupa em questionar a ocorrência da venda, isto é, não se nega a efetiva circulação da mercadoria, mas sim, acusa-se que o destinatário consignado nas notas fiscais não corresponde ao real destino dos bens.

Veja-se que o próprio fato da autuação versar sobre indicação de destinatário diverso, demonstra a toda evidência, o reconhecimento fazendário da ocorrência da operação, estabelecendo-se a controvérsia em se de fato a mercadoria destinou-se ou não à empresa apontada.

Portanto, não se vislumbra configurada no caso vertente, a hipótese de desconsideração do negócio jurídico, em virtude da fiscalização não ter se havido em face da venda em si, como alegado pela impugnante, constatando-se tão-só, consoante narrado no AI, a consignação em notas fiscais de venda de destinatário diverso daquele a quem a mercadoria efetivamente se destinou, razão pela qual a rejeição da preliminar erigida é medida que se impõe, ante a inaplicabilidade no presente feito do art. 83, do Decreto Estadual nº 44.747/2008, cujo teor cuida de hipótese distinta ao que versa os presentes autos, não havendo, outrossim, de se falar na hipótese do art. 84 do referido diploma, segundo o qual “a desconsideração do ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do imposto ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária ensejará o lançamento de ofício do respectivo crédito tributário”, vez que o lançamento de ofício promovido pelo Fisco não se ampara na sugerida desconsideração de negócio jurídico.

Preliminar que se rejeita.

Do mérito

Consoante se extrai do relatório constante no Auto de Infração que se discute (f. 03), narra o Fisco mineiro ter constatado mediante informação prestada pela Secretária de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, que a impugnante no período de outubro a novembro de 2008 consignou em suas notas fiscais de venda, relacionadas na planilha n. 01, destinatário diverso daquele a quem a mercadoria efetivamente se destinou, resultando de tal fato um recolhimento a menor de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, razão por que se exige tal diferença, acrescida de multa isolada, multa de revalidação e juros de mora, nos termos da legislação vigente.

Verifica-se, *in casu*, que a atuação levada a efeito pelo Fisco, lastreia-se precipuamente em indícios consubstanciadas no arcabouço documental acostado aos autos, de cujo exame inferiu a fiscalização pela equivocidade das “DANFES” de f. 09/94, no que se refere ao destinatário apostado em tais documentos, a saber,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Recuperadora e Com. De Prod. Quim. Beira Rio do Vale Ltda, a respeito do qual se convenceu a autoridade não corresponder de fato ao destino das mercadorias.

No que a isto concerne, tem-se que o Fisco fluminense, na pessoa do Chefe do Posto Fiscal de Nhangapi, Martin Baria, noticiou via email (f. 95), datado do dia 02.12.2008, a realização de diligência no endereço indicado como destinatário nas notas fiscais, averiguando que a empresa ali instalada encontrava-se fechada, aparentemente abandonada, conforme fotos anexadas, sendo que três vizinhos identificados apenas por um nome, dois destes também pela profissão, informaram que a referida empresa encontrava-se fechada há aproximadamente dois meses.

Com fulcro em tal diligência, instaurou-se o processo E-04/042330/2008, ao término do qual se cancelou retroativamente a 02.10.2008, a inscrição estadual da contribuinte adquirente, conforme ato publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro no dia 18.12.2008 (f.97). Assim, respaldando-se em tais evidências é que o Fisco levou a cabo o AI em desfavor da impugnante.

Pois bem.

Veio a Contribuinte aos autos impugnar o crédito tributário exigido pelo Fisco, alegando a irregularidade da diligência realizada pela Fazenda fluminense, por não se revestir da formalidade necessária a sua validade, em função da não lavratura do devido termo de diligência (f. 108). Outrossim, aduz a Impugnante ter se cercado de todos os cuidados essenciais, tendo, inclusive, ido além da legalidade, na medida em que procedeu à pesquisa no SINTEGRA e na Receita Federal acerca da situação da empresa com a qual negociou, sendo que ambos os resultados convergiram pela sua regularidade (f. 111).

Ressalta a Impugnante que as vendas foram efetuadas com a cláusula FOB, a qual consta expressamente nas notas fiscais emitidas, indicando, ainda, a assinatura do canhoto de tais documentos comprovando a entrega da mercadoria vendida (f. 112). Invoca-se, ademais, a aplicação da *teoria da aparência*, a qual preconiza a proteção do terceiro de boa fé crédulo na perfeição de atos praticados cujos vícios passam despercebidos por uma aparência de legalidade (f. 112/13).

Ocupou-se, ainda, a contribuinte, em trazer aos autos os comprovantes de pagamento referentes às mercadorias negociadas no período compreendido pela autuação, com o fito de demonstrar a concretude da transação, mostrando-se isenta de responsabilidade em relação à irregularidade levantada pelo Fisco.

Por fim, pleiteia a impugnante a interpretação favorável ao seu interesse, uma vez persistente, no mínimo, a dúvida em relação às circunstâncias do fato, consoante o disposto no art. 112, II, do CTN.

Com efeito, verifica-se no caso presente, todo um empenho empreendido pela fiscalização, em trazer aos autos elementos indiciários da existência de irregularidade perpetrada pela contribuinte, no respeitante ao destinatário consignado na nota fiscal, ao passo que a impugnante, por sua vez, refuta a autuação fiscal com fulcro em vasta prova documental, que a seu ver, aponta sua *bona fide* na operação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Volvendo-se ao Auto de Infração (f. 03), constata-se que o Fisco mineiro, amparou-se integralmente para a lavratura do AI, no impedimento da inscrição estadual da empresa Recuperadora e Com. De Prod. Quím. Beira Rio do Vale Ltda, junto à Fazenda fluminense, corolário do Processo E-04/042330/2008. Verifica-se, ademais, que no tocante a tal impedimento, assevera a fiscalização mineira existir um detalhado relato do Fisco fluminense de que a referida empresa encontrava-se fechada e abandonada há aproximadamente 02 (dois) meses.

Compulsando os autos, percebe-se que o “detalhado relato do Fisco fluminense de que a referida empresa encontrava-se fechada e abandonada há aproximadamente 02 (dois) meses” consiste nas informações prestadas via e-mail pelo AFRE fluminense, Martin Baria, acerca de uma diligência realizada no endereço da empresa dita destinatária, onde se verificou que tal empresa encontrava-se fechada, aparentemente abandonada, existindo, inclusive, teia de aranha no que seria a porta do escritório, sendo que os vizinhos, Sr. Alexandre, Sr. Passos (borraheiro) e Sra. Cláudia (frentista) informaram que a empresa encontrava-se fechada há aproximadamente dois meses.

À vista de tais fatos lavrou-se a autuação fiscal.

Já no que tange à contraprova documental acostada aos autos pela impugnante, chama-se atenção à consulta realizada ao sítio eletrônico da Fazenda fluminense, em 02.12.2008 (f. 161), a qual aponta a regularidade cadastral da empresa destinatária, além dos vários contratos acompanhados das respectivas notas fiscais e autorizações de transporte, sempre precedidos de consulta ao SINTEGRA, com indicação, inclusive, do veículo transportador e motorista (f. 163-435).

Em nova manifestação, a autoridade fiscal trouxe a título de esclarecimento, a *ratio* da diligência realizada junto à empresa destinatária, que ocorreu em virtude da apreensão, pelo Posto Fiscal Geraldo Arruda, de 14.902 litros de álcool etílico hidratado acompanhado da DANFE 000.000.077, de emissão da impugnante e datado de 28.11.2008, fato este culminante no Auto de Infração 02.0002143202-05. Ocorre que, ao analisar-se a referida autuação (f. 531), extrai-se de seu relatório que o motivo precípua que a levou a cabo, residia justamente na diligência realizada junto à empresa destinatária e noticiada no email de f. 95.

Do exame de tudo o que se vê nos autos, salta aos olhos o fato de que toda a imputação de irregularidade do fisco à impugnante lastreia-se na diligência *in loco* executada na empresa destinatária, a partir da qual se impediu a sua inscrição estadual junto à Fazenda fluminense (Processo E-04/042330/2008), lavrou-se o AI 02.0002143202-05, bem como levou-se a efeito a presente autuação, ora em debate.

Neste tocante, com a devida *venia* das posições em contrário, resta indubitosa a fragilidade da prova produzida pela fiscalização. A própria caracterização do local inspecionado como “aparentemente abandonado”, dá azo a indagações quanto à real desativação empresária. Demais disso, de nada se tira proveito da menção aos Srs. Alexandre, Passos e Cláudia, visto que a autoridade fiscal nem ao menos se prestou em identificá-los de forma aceitável, não se afigurando como elemento probatório hábil e idôneo a simples referência ao primeiro nome dos ditos informantes.

Ainda que para aquele momento se admita a ausência de atividade da empresa destinatária, não se verifica nos presentes autos a existência de elemento suficientemente capaz de revelar o encerramento da empresa nos dois meses anteriores à diligência.

Aliás, a fiscalização em sede de manifestação fiscal, ainda argumenta que no caso de uma ÚNICA nota fiscal, o contribuinte teria ingressado no Estado do Rio de Janeiro por outra “ponta” daquele Estado que não a “ponta” onde está o destinatário, o que seria neste caso incoerente e legitimaria a presunção de destinação diversa.

Sobre este aspecto, peço “vênia” para refutar tal argumento porque, em primeiro lugar, trata-se de uma ÚNICA operação que nem se encerrou, ou seja, não se pode dizer nunca que as mercadorias não chegaram ao destino lançado nos documentos fiscais já que o fisco constatou isso no itinerário. Em segundo lugar, ainda que se enxergue ilícito, vê-se neste caso que as mercadorias foram de fato para o Estado do Rio de Janeiro, o que seria indevido, no mínimo, a diferença do ICMS e MR em face desta circunstância, pois a alíquota interestadual estaria correta.

Lado outro, cuidou a impugnante em trazer aos autos vasta documentação concernente às operações questionadas pelo Fisco, não lhe restando a adoção de qualquer outra medida garantidora da regularidade da transação. Neste respeito, em que pese a alegação fiscal de que não obstante a juntada pela contribuinte de extenso arcabouço documental, “...a autuada tinha conhecimento da irregularidade na empresa destinatária e que as mercadorias remetidas tinham outro destino diverso daquele consignado nos documentos fiscais”, tem-se por certo que a ilação a que chegou a fiscalização, não escapa do campo da mera presunção, não possuindo, destarte, o condão de desconstituir a prova documental produzida pela impugnante. Entender o contrário, implicaria na odiosa hipótese de levantar-se suspeita do contribuinte por simplesmente acautelarem-se mais que o devido.

Outrossim, o fato dos depósitos *online* procederem de cidades diversas, como observado pela fiscalização, não se mostra *per si* robusto o bastante a demonstrar a existência de destinatário diverso ao consignado nas notas fiscais, distanciando-se a inferência fiscal do que objetivamente se extrai da prova, até porque, admitindo que estes depósitos seriam prova de destinação diversa, teríamos que admitir também na linha de raciocínio da fiscalização que pelo menos há prova de que as mercadorias foram para o Estado do Rio de Janeiro, ou seja, também aqui vê-se que no mínimo isso é presumível.

Não obstante as evidências e presunções sobre as quais se pautou o órgão fiscal para lavrar a presente autuação, não se vislumbra nos presentes autos a existência de prova cabal capaz de encerrar a controvérsia, isto é, que indique de forma inequívoca a materialidade do ato irregular. Noutra giro, o arcabouço probatório produzido pela impugnante, de igual modo não elucida a contento a questão fática, de modo a permitir de plano o cancelamento da autuação.

Ocorre que, o deslinde do presente feito não se orienta pelo sopeso do conjunto probatório produzido pelas partes a fim de aferir-se qual se mostra mais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

substancial e próxima da verdade material, mas sim, se é possível averiguar-se de forma contundente e incontestável a existência ou não de irregularidade.

Do exame das argumentações e provas empreendidas por ambas as partes, conclui-se cingir o caso vertente ao inevitável cotejo de *presunções*, atraindo, destarte, a incidência do imperativo legal contido no art. 112 do CTN, cujo teor orienta o intérprete, na perturbadora hipótese de persistir dúvida acerca da questão fática, a posicionar-se em prol do contribuinte, perfilhando à seara tributária o princípio basilar juspenalista de que *in dubio pro reo*.

Sala das Sessões, 16 de fevereiro de 2012.

Antônio César Ribeiro
Conselheiro

CC/MG