

Acórdão: 16.966/05/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010109727-90
Impugnante: Braspet Indústria e Comércio de Embalagens Plásticas Ltda.
Proc. S. Passivo: Raquel Katlauskas Muraro/Outros
PTA/AI: 02.000204945-87
Inscr. Estadual: 518.721436.00-92
Origem: DF/ Poços de Caldas

EMENTA

NOTA FISCAL - DESTINATÁRIO DIVERSO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Se o destinatário constante das notas fiscais, localizado em outra unidade da Federação, declara não ter adquirido e nem recebido as mercadorias e o emitente não comprova a efetiva entrega, legitima-se o procedimento fiscal de exigir, além da penalidade específica, o ICMS e MR, referente à diferença de alíquota apurada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Relata o Auto de Infração ora sob análise que foi constatado, no Posto Fiscal José T. G. Carvalho, a entrega das mercadorias descritas nas Notas Fiscais n. 036.485 e 036.486, emitidas pela Autuada, em 17.10.2002, a destinatário diverso do indicado nos documentos; visto que a empresa G. E. – Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda. declarou que não adquiriu os r. produtos.

Foi exigida a diferença relativa ao imposto incidente sobre as operações, decorrente da diferença de aplicação de alíquota, bem como a correspondente Multa de Revalidação e a Multa Isolada capitulada no art. 55, V, c/c 53, III; em razão da infringência ao art. 16, VI e IX, da Lei 6763/75, e ao art. 96, X, do RICMS/02.

Instruíram a peça acusatória os documentos de fls. 05 a 07.

Não se conformando com a imputação fiscal, a Autuada apresenta, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 10 a 37.

Preliminarmente, argúi a nulidade do AI, por “inexistência de narração dos fatos, no relatório do auto de infração”.

Ainda em preliminar, afirma não ter recebido cópia da mencionada declaração da empresa G. E. – Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda..

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Junta ao processo cópia de seu extrato bancário (fl. 58), comprovando o pagamento pela destinatária e esclarece que: “o depósito realizado totaliza o montante de R\$191.821,50, tendo em vista que se refere à quitação de três faturas, cada uma no valor de R\$63.940,50. A partir destas três aquisições foram emitidas três notas fiscais, sendo que apenas duas constam do auto de infração em epígrafe”.

No mérito, divide a defesa nos seguintes tópicos:

1) da similaridade entre o presente lançamento e a lavratura do PTA n.º 01.0001494.41 (fl. 60): diz que, apesar da ‘escassez na narração dos fatos’, supõe que a autuação tenha por base fato semelhante ao do referido processo, no qual a empresa foi autuada, em posto fiscal de fronteira, por se ter constatado desvio no trajeto dos veículos transportadores;

Pede que a defesa então apresentada, seja agora considerada.

2) da correta aplicação da alíquota interestadual e do emprego da cláusula FOB: as vendas das mercadorias descritas nas notas fiscais arroladas no AI destinaram-nas a outro Estado da Federação (operação interestadual) e ocorreram sob cláusula FOB – devendo o frete ser providenciado e pago pela adquirente;

A eleição da alíquota aplicável obedeceu ao disposto no artigo 155, VII-a, da CF, c/c art. 43, II – b, do RICMS/96.

3) da absurda exigência da aplicação de alíquota interna: aduz que, “somente ad argumentandum”, caso fosse responsável pelo crédito constituído, tal exigência deveria ser obtida através da subtração dos valores já pagos (7%), daqueles obtidos com a aplicação da alíquota interestadual de 12% (RICMS/96, art. 43,II-c); “já que o destino dos veículos das transportadoras era o Estado de São Paulo”;

4) da impropriedade da utilização da taxa Selic;

5) do efeito confiscatório das multas impostas e do não descumprimento de obrigação acessória.

Carreia os documentos de fls. 38 a 60.

O Fisco apresenta sua discordância, em Manifestação juntada a fls. 62 a 64.

Pede a manutenção do feito.

Carreia aos autos os documentos de fls. 65 a 77.

Concedida vistas à Autuada, ela se manifesta a fls. 79 a 93. Refuta as argumentações do Fisco, reprisando o já dito em sua Impugnação.

O Fisco reitera sua Manifestação. (fl. 97)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O processo foi, então, submetido a exame, perante a 3ª Câmara deste Conselho, em 10.11.2004, quando se decidiu, à unanimidade, pela conversão do julgamento em diligência, para que o Fisco encaminhasse à Autuada cópia da declaração do suposto destinatário, sendo reaberto o prazo de 30 dias para defesa, e intimasse a parte a apresentar cópia dos cheques recebidos em pagamento da operação, bem como comprovasse a agência bancária na qual foram efetuados os depósitos (fl. 104).

A empresa autuada apresenta nova Impugnação, juntada a fls. 119 a 127.

DECISÃO

Versa o presente Auto de Infração sobre a entrega das mercadorias descritas nas Notas Fiscais n. 036.485 e 036.486, emitidas pela Autuada, em 17.10.2002, a destinatário diverso do indicado nos documentos.

NF 036.485 (fl. 06) e NF 036.486 (fl. 07) → natureza: venda de produção própria, emitida pela Braspet (Poços de Caldas/MG), em 17.10.2002, tendo por destinatária, G. E. Com. de Gêneros Alimentícios Ltda. (Cariacica/ES) – produto: preforma incolor → alíquota utilizada: 7% → dados do transportador – próprio/frete por conta do destinatário – placa BWG5967 (SP) e CDE5807 (SP), respectivamente. → valor total de R\$63.940,50/cada – o valor total da nota não inclui o ICMS.

A irregularidade foi constatada mediante declaração, da empresa G. E. – Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda., com estabelecimento no Estado do Espírito Santo, de que não adquiriu os r. produtos.

Declaração da G. E. (fl. 05) → o proprietário da empresa, Gleydson Batista de Oliveira, declara, para os devidos fins, não ter adquirido mercadorias da Autuada.

A abordagem ocorreu no Posto Fiscal José T. G. Carvalho, entre Poços de Caldas/MG e São Paulo.

Da Preliminar

A empresa argúi a nulidade do Auto de Infração, por violação aos Princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão de:

- inexistência de narração dos fatos, o que levaria a uma imperfeita e incompleta compreensão dos mesmos; e

- falta de recebimento de cópia da declaração da empresa G. E. – Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda..

O relatório fiscal foi elaborado de forma clara e precisa; tendo em mira o disposto nos artigos 57 e 58 da CLTA, e 142 do CTN. Ademais, a imputação foi perfeitamente compreendida pela parte, que se defendeu de todos os fatos e alegações,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conforme se verifica por suas manifestações a fls. 10 a 37 e 79 a 93, e pela juntada de documentos.

No tocante à declaração da empresa G. E. Com. de Gêneros Alimentícios, foi determinado pela 3ª Câmara, em 10.11.2004, que esta lhe fosse encaminhada, reabrindo-se o prazo de 30 dias, para pagamento ou aditamento da impugnação.

Foi, pois, sanado o defeito processual que lhe poderia vir a macular.

Ultrapassada, pelas razões acima, a preliminar, passa-se ao exame do mérito do feito.

Do Mérito

1. Da similaridade entre o presente lançamento e a lavratura do PTA n.º 01.0001494.41

Com efeito, verificam-se várias semelhanças entre o processo ora sob análise e o PTA 01.000141494.41.

Neste, também constava do documento fiscal, como destinatária, a empresa G. E. Com. de Gêneros Alimentícios, em Cariacica/ES, e a abordagem ocorreu na estrada que liga Poços de Caldas a Campinas/SP.

Coincide, ainda, o período da ocorrência: entre outubro e dezembro/2002.

Este processo foi levado a julgamento, em 19.05.2004, sendo proferido o Acórdão 16.436/04/3ª, pela procedência do lançamento, cuja ementa é a seguinte:

REPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADO – DESTINATÁRIO DIVERSO - EMPRESA DE TRANSPORTE. CORRETA A ELEIÇÃO DAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS COMO COOBRIGADAS, A TEOR DO DISPOSTO NO ARTIGO 21, II, "A", DA LEI 6763/75, RESSALVANDO-SE QUE A RESPONSABILIDADE DE CADA UMA DELAS SERÁ PARCIAL, CADA QUAL RESPONDENDO PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO CORRESPONDENTE ÀS CARGAS POR ELAS TRANSPORTADAS.

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA - NOTA FISCAL - DESTINATÁRIO DIVERSO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. SE O DESTINATÁRIO CONSTANTE DAS NOTAS FISCAIS, LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, DECLARA NÃO TER ADQUIRIDO E NEM RECEBIDO AS MERCADORIAS E O EMITENTE NÃO COMPROVA A EFETIVA ENTREGA, LEGÍTIMA-SE O PROCEDIMENTO FISCAL DE EXIGIR, ALÉM DA PENALIDADE ESPECÍFICA, O ICMS E MR, REFERENTE À DIFERENÇA DE ALÍQUOTA APURADA. EXIGÊNCIAS FISCAIS MANTIDAS.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

O contribuinte recorreu, mas ainda não se tem a conclusão final.

2. Do emprego da cláusula FOB

Argumenta o contribuinte que as vendas das mercadorias descritas nas notas fiscais arroladas no AI destinaram-nas a outro Estado da Federação (operação interestadual) e ocorreram sob cláusula FOB – devendo o frete ser providenciado e pago pela adquirente.

No caso em tela, não foram comprovadas as condições do negócio efetivamente realizado. Ao entregar as mercadorias alienadas, a empresa, certamente, verifica se o está fazendo para o correto destinatário; confirma se o condutor do veículo está autorizado por aquele a receber tais itens. Em especial, se considerar o valor da transação.

No entanto, o destinatário apostado nas notas fiscais nega a aquisição e recebimento das mercadorias. Conseqüentemente, também nega que tenha autorizado alguma transportadora a recebê-las junto à Impugnante.

Por fim, ressalta-se que, nos documentos autuados, no campo destinado aos dados do transportador, consta a palavra “próprio”, significando que o transportador é o alienante/emitente.

3. Da correta aplicação da alíquota interestadual

Entende a empresa emitente que a eleição da alíquota aplicável obedeceu ao disposto no art. 155, VII-a, da CF, c/c art. 43, II – b, do RICMS/96.

Aduz que, “somente ad argumentandum”, caso fosse responsável pelo crédito constituído, tal exigência deveria ser obtida através da subtração dos valores já pagos (7%), daqueles obtidos com a aplicação da alíquota interestadual de 12% (RICMS/96, artigo 43,II-c); “já que o destino dos veículos das transportadoras era o Estado de São Paulo”.

De fato, as alíquotas do imposto, em operações interestaduais, são 7% e 12%, conforme o Estado de destino, mas, apenas quando o adquirente for contribuinte do imposto.

Não sendo possível identificar o real destinatário das mercadorias - quem efetivamente recebeu as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação -, correta é a aplicação da alíquota interna de 18%, com a conseqüente exigência do percentual de 11% (onze por cento), que representa a diferença entre aquela e a alíquota de 7% (sete por cento) destacada nos documentos fiscais.

Insta observar que é interesse do Estado o controle efetivo do destino dado às mercadorias produzidas ou comercializadas em seu território, para possibilitar a identificação das diversas etapas de circulação (ciclo produtivo ou comercial), e, assim, receber o tributo incidente nestas operações.

Neste compasso, o Fisco, detectando indício de irregularidade na emissão de documento fiscal, envida esforços para aferir o real destino dado às mercadorias. Se restar comprovado o recebimento e o registro da nota na escrita fiscal ou contábil do destinatário consignado, a operação é regular, cabendo ao Estado do destino o tributo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

incidente nas subseqüentes etapas de circulação da mercadoria naquela unidade Federada.

Quando as provas obtidas levam à conclusão de que as mercadorias não foram destinadas à empresa consignada no documento fiscal – em especial, havendo a declaração deste suposto destinatário, negando a aquisição e o recebimento -, resta desconhecido o fim a elas dado. Podem ter adentrado território de outra unidade Federada, mas também podem ter sido comercializadas ou entregues em Minas Gerais; neste caso, com evidente prejuízo para a Fazenda, pois foi perdida a parcela de tributo incidente sobre as subseqüentes etapas de circulação da mercadoria, além do prejuízo advindo da aplicação da alíquota incorreta na operação examinada.

É o caso dos autos.

Diante da negativa da empresa G.E. Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda., foi providenciada diligência, junto ao fisco do Estado do Espírito Santo, para se assegurar da veracidade do alegado.

O Fisco capixaba atesta que a empresa G. E. Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda. declarou formalmente não ter efetuado transações comerciais com a Autuada; que não há registros dos documentos fiscais no LRE da empresa, tratando-se a mesma de empresa de pequeno porte, com movimentação incompatível com o valor das transações consignadas nos documentos.

- Ofício SIF/GEFIS n. 237/2003 – Processo n. 24565601/03 → o Fisco do Estado do Espírito Santo informa que, após diligências fiscais procedidas junto à empresa G. E. – Com. de Gêneros Alimentícios Ltda., esta alega, oficialmente, não ter comercializado com Braspet Ind. Com. de Embalagens Plásticas Ltda.

- Documentos da G.E. Com. de Gêneros Alimentícios Ltda. (fls. 66 a 77) → Declaração (fl. 66) e Registro de Entradas (fls. 70 a 74).

Corroboram esta assertiva as provas trazidas aos autos pela própria Impugnante.

Na intenção de se buscar a verdade material, foi requerido, pela 3ª Câmara deste CC/MG, que a Impugnante juntasse aos autos cópia dos cheques recebidos em pagamento das operações e dissesse em qual agência bancária foram efetuados os depósitos (fl. 104).

Tal se fez necessário por que os lançamentos bancários, anteriormente juntados a fls. 58-59, não tinham qualquer vinculação com o suposto adquirente; sendo a planilha de fl. 59 um documento interno da Autuada, emitido em 13.03.2003, após a autuação.

- Extrato bankline Itaú (fl. 58) → consta três depósitos ocorridos no dia 17/10 – sem comprovação do depositante

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Títulos baixados no período (fl. 59) – documento da Autuada → consta o valor depositado como devido pela destinatária GE, nesta data.

A Autuada explicou, então, que os depósitos foram efetuados, em sua conta corrente, em 17.10.2003, através de caixa eletrônico, na agência 4299, do Banco Itaú, em Arujá/SP, e que decorrem da soma de diversos cheques, emitidos por terceiros.

Foram juntadas a fls. 128 a 151 cópias dos aludidos cheques. Três são seus emitentes:

- Embalagens Horizonte Ltda. - 03 cheques de uma agência em Belo Horizonte, no valor total de R\$29.000,00;

- Depósito (? – ilegível o emitente) – 08 cheques de agência do Bradesco, no Estado de São Paulo, no valor de R\$ 117.600,00

- Arpet Embalgens Ltda. – 04 cheques de agência do Safra, de Jundiaí/SP, no valor de R\$43.600,00.

Algumas particularidades exigem atenção:

- o valor total dos depósitos alcança o montante de R\$190.200,00; enquanto o total das notas fiscais, apenas, R\$127.881,00;

- os cheques depositados não foram emitidos pela empresa G.E. Com. de Gêneros Alimentícios Ltda. e não foi demonstrada qualquer ligação entre estas e as efetivas correntistas;

- os depósitos foram efetuados em agência localizada em Município paulista, quando a suposta adquirente é capixaba;

- o Banco Itaú, normalmente, não admite depósitos, em caixas eletrônicos, de quantias vultosas;

- não foi explicado de que forma a Autuada exerce controle sobre o recebimento dos pagamentos de suas vendas, fato este significativo considerando a divergência de valores e de local de depósito - a análise do extrato bancário apresentado como prova de recebimento das operações não esclarece como sabia que aqueles depósitos, especificamente, correspondiam ao pagamento das notas fiscais autuadas;

- não é possível identificar a quais notas fiscais os cheques poderiam se referir.

Em suma, a Autuada não comprovou a legitimidade das transações comerciais supostamente realizadas com a empresa consignada destinatária.

Deve-se anotar, a título informativo, que o valor total das notas fiscais 036.485 e 036.486 não inclui o do ICMS destacado.

4. Da impropriedade da utilização da taxa Selic

Dispõe o artigo 127, da Lei 6763/75, *in verbis*:

"Art. 127 - Os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais".

A Resolução n.º 2.880/97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabelece, em seu art. 1º, que "os créditos tributários, cujo vencimentos ocorrerão a partir de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de liquidação e Custódia (Selic), estabelecida pelo Banco Central do Brasil".

Tendo em vista que a aplicação da taxa Selic, para correção de créditos tributários, está prevista na legislação tributária mineira, é vedado a este Conselho de Contribuintes negar a sua aplicação, nos termos do artigo 88, I, da CLTA/MG.

5. Do efeito confiscatório das multas impostas e do não descumprimento de obrigação acessória

O Estado detém o poder de impor penalidades àqueles que descumprirem o ordenamento jurídico.

Cesare Beccaria, comentando acerca das origens das penas, diz que :

"faz-se necessário o estabelecimento de motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esse motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis".

Nesse tocante, Roberto Lyra(3) explica que:

"o direito de punir é direito efetivo do Estado ao respeito das leis e à coatividade do Direito". Com isso, então, o Estado tem o poder/dever de punir os súditos como um dos meios de manter a paz social.

Como todo e qualquer poder, o poder estatal de impor penas está baseado nos limites e determinações consentidos pelo povo e vinculados a eles. A idéia de consenso como base para exercício do poder pelo Estado é ligada, ainda, à noção de que o bem comum deve realizar-se segundo o assentimento ou vontade dos súditos. Do consentimento do povo se tem a imperatividade das leis.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A idéia que temos então, como conclusão, é de que as penas devem ser previamente assentidas e somente podem ser instituídas e aplicadas nos termos das leis.

No caso em tela, a Lei 6763/75 traz expressa a previsão de aplicação das multas aplicadas - artigos 55, V, e 56, II -.

Art. 55 - V - por emitir ou utilizar documento fiscal em que conste, como destinatário, pessoa ou estabelecimento diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinar - 50% (cinquenta por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal;

Efeitos de 01/01/76 a 31/10/2003 - Redação original:

"V - por mencionar em documento fiscal destinatário diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinar - 20% (vinte por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal;"

As penas têm de ser estabelecidas de modo que apresentem elemento que imponha ao possível infrator o receio da punição a ponto de levá-lo a não cometer o delito. O ponto básico da filosofia da pena é sem dúvida a dissuasão do infrator com a certeza da aplicação da pena.

Em verdade, as multas têm caráter essencialmente punitivo, mas também: a) repressivo para que não seja compensador o descumprimento da norma; b) retributivo para que haja o exemplo da punição, desestimulando as condutas ilícitas; c) ressocializador determinado que a multa seja graduada em percentual que não leve à inadimplência crônica (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2ª ed., Imprensa Nacional da Moeda, p. 247 e FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Conceitos de direito tributário*. Trad. Geraldo Ataliba e Marco Greco, São Paulo: Lael, , 1973, p. 221).

É de se ponderar que o lançamento é vinculado; a ocorrência, objetiva e legalmente prevista, não cabendo, pois, ao fiscal ou a este Conselho avaliações acerca da proporcionalidade ou razoabilidade das penalidades.

A análise das provas que instruem o processo permite concluir que o destino das mercadorias realmente não foi aquele consignado nos documentos, restando correto o lançamento efetuado.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Raquel Katlauskas Muraro e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Nilber Andrade. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 01/03/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/EJ

CC/MIG