

Acórdão: 17.470/06/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010115887-30
Impugnante: Brasil Fertilizantes Ind. Com. Importação e Exportação Ltda.
Coobrigado: Rene Staut
PTA/AI: 02.000209722-68
Inscr. Estadual: 144.293156.00-30
Origem: DF/ Passos

EMENTA

MERCADORIA - ENTREGA DESACOBERTADA - NOTA FISCAL SEM MERCADORIA. Irregularidade apurada pelo Fisco através da nota fiscal encontrada no veículo transportador sem as respectivas mercadorias. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, para manter as exigências fiscais apenas em relação a 260 (duzentas e sessenta) sacas de fertilizantes “Viça Café”. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entrega de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, apurada através da contagem física no veículo transportador, em confronto com a nota fiscal apresentada no momento da abordagem fiscal. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 13 a 16, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 44 a 48.

DECISÃO

O Fisco apurou que a Autuada promoveu a entrega de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, conforme demonstrado na contagem física de mercadoria em trânsito, em confronto com a Nota Fiscal apresentada no momento da abordagem fiscal.

O presente trabalho faz parte de uma única ação fiscal, com lavratura de dois Autos de Infração, uma vez que além deste, surgiu ainda o de nº 02.000209723-49, em nome de Café Brasil Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No outro lançamento, exigiu o Fisco o ICMS, MR e MI em face do transporte de 1.960 pacotes de “viça café”, após desclassificação da nota fiscal apresentada.

A defesa demonstrou de forma coerente que a Nota Fiscal objeto do presente lançamento foi emitida para dar retorno simbólico a 2.220 pacotes do produto “viça café”, uma vez que a carga relativa à Nota Fiscal nº 030375 (AI 02.000209723-49) fora apanhada no estabelecimento da Brasil Fertilizantes.

Assim, restou demonstrado que a Café Brasil emitiu a NF 030375, dando saída de 1470 kg de cal e informou que os 1960 pacotes de “viça café” seriam embarcados no estabelecimento da Brasil Fertilizantes, que emitiu a NF 000193 para devolução da mercadoria, de forma simbólica.

Os elementos presentes nos autos dão conta de que a operação transcorreria da forma noticiada pela Impugnante, sendo certo que as empresas envolvidas não portaram de acordo com a legislação tributária. Na hipótese, caberia à empresa Brasil fertilizantes emitir a nota fiscal de remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, que acobertaria a mercadoria até o destino.

Não sendo esta, entretanto, a acusação fiscal, a vislumbrada pelo Fisco – entrega desacobertada -, restou ilidida, em parte.

Considerando que a mercadoria embarcada (NF 030375) totaliza 1.960 pacotes, e que a constante da NF objeto do presente lançamento se refere a 2.220 pacotes, vislumbra-se a ocorrência noticiada pelo Fisco em relação à diferença (2.220 - 1.960), configurando, pois, a entrega desacobertada de 260 pacotes (sacas) sem documento fiscal, ainda que em retorno ao estabelecimento da Café Brasil.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para manter as exigências fiscais em relação a 260 (duzentos e sessenta) sacas de fertilizantes “Viça Café”. Vencidos, em parte, os Conselheiros Juliana Diniz Quirino (Revisora) e Antônio César Ribeiro, que o julgavam improcedente. Vencida, em parte, a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Relatora), que o julgava procedente. Designado relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 16/02/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.470/06/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010115887-30
Impugnante: Brasil Fertilizantes Ind. Com. Importação e Exportação Ltda.
Coobrigado: Rene Staut
PTA/AI: 02.000209722-68
Inscr. Estadual: 144.293156.00-30
Origem: DF/ Passos

Voto proferido pelo Conselheiro Aparecida Gontijo Sampaio, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Inicialmente, vale ressaltar, que a divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Exige-se no presente trabalho fiscal ICMS, MR e MI, face à entrega desacobertada de documentação fiscal das mercadorias descritas na NF n.º 000.193 (fls. 04).

Mencionado documento consignava como destinatária a empresa Café Brasil Ind. Com. Imp. e Exp. Ltda., sediada em Alfenas/MG, tendo sido emitido em 23/05/05 para acobertar o transporte de **2.220 pacotes de fertilizantes “Viça Café”**.

No momento da abordagem fiscal, ocorrida em 23/05/05 no Posto Fiscal de Capetinga/MG, encontravam-se no veículo transportador, além da NF acima citada a de n.º 030.375 emitida por Café Brasil Indústria e Com. Imp. e Exp. Ltda., e, ainda, as seguintes mercadorias: **1.960 pacotes de 5 kg de fertilizantes “Viça Café e 1.470 kg de cal**, conforme se comprova pelo exame do Termo de Apreensão – Ta de fls. 08 do presente PTA e Notas Fiscais Avulsas de fls. 08 e 09, acostadas ao PTA n.º 02.000209723-49 (também julgado nesta sessão).

Constata-se do exposto que, efetivamente estavam sendo **transportados 1.960 kg de fertilizantes “Viça Café”**, enquanto que as **notas fiscais apresentadas ao Fisco de n.º 030.375 e 000.193 retratavam a saída de 4.180 kg do mencionado produto**, tal fato evidencia a ocorrência da entrega de 2.220 kg de fertilizantes desacobertada de documentação.

Ademais, a assinatura aposta pelo cliente no campo relativo ao “recebimento dos produtos” da nota fiscal autuada (fls. 05), também reforça a irregularidade apontada pelo Fisco. Alerta-se que o “canhoto” do recibo já havia sido destacado da primeira via do documento fiscal (fls. 04).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dispõe o art. 16, inciso VII da Lei 6763/75:

“Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada.”

Extrai-se dos fatos narrados e da legislação supra que quando da ação fiscal não poderia o transportador estar portando a nota fiscal autuada, uma vez que efetivamente os produtos nela consignados já haviam sido entregues.

O Fisco exigiu, no presente Auto de Infração, além da penalidade capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75 (no percentual de 40%), o ICMS e MR.

Insta destacar que, muito embora conste da nota fiscal autuada que a operação estaria ao abrigo do diferimento, as disposições contidas no art. 12, inciso II Parte Geral do RICMS/02 (a seguir transcrito), legitima a cobrança de ICMS e MR.

“Art. 12 - Encerra-se o diferimento quando:

(...)

II - a operação for realizada ou o serviço prestado sem documento fiscal.”

Por derradeiro, vale acrescentar que as justificativas trazidas na peça de defesa quanto à natureza da operação e razão da não entrega da nota fiscal autuada à destinatária das mercadorias, não se prestam a elidir a infração, face às considerações relatadas.

Legítimas, portanto, as exigências de ICMS, MR e MI (capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75).

Diante disso, julgo procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 16/02/06.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Conselheira**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.470/06/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010115887-30
Impugnante: Brasil Fertilizantes Ind. Com. Importação e Exportação Ltda.
Coobrigado: Rene Staut
PTA/AI: 02.000209722-68
Inscr. Estadual: 144.293156.00-30
Origem: DF/ Passos

Voto proferido pelo Conselheiro Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Versa o presente processo sobre a acusação de entrega de mercadoria desacobertada de nota fiscal.

No ato da abordagem, teria sido apresentada a NF n. 000193, de 23.05.2005, que não se fazia acompanhar da mercadoria discriminada.

Foi exigido ICMS, MR e MI (55, II).

- AI lavrado em 12.06.2005 (fls. 02-03) e recebido em 23.06.05 (fls. 09-10);
- NF 000193 (fls. 04-06) – emitida, em 23.05.05, por Brasil Fertilizantes Ind. Com. Imp. e Exp. Ltda., para Café Brasil Ind. Com. Import. Export. Ltda., natureza da operação: retorno merc. util. por encomenda (CFOP 5902) – merc.: 2220 pct Viça Café 5,0 kg – obs.: ICMS suspenso;
- dados do veículo (fl. 07) – caminhão placa CNR-9637 de propriedade de René Staut;
- Termo de Apreensão – TA sem n.º (fl. 08) – NF 030375 e NF 000193.

Não existem, nos autos, provas que sustentem o trabalho fiscal.

Não se demonstrou qualquer entrega de mercadorias; não se sabe sequer se alguma mercadoria saiu do estabelecimento emitente da nota fiscal; e, principalmente, o trajeto descrito pelo fiscal é incompatível com a entrega da qual acusa a empresa.

É indubitável a impossibilidade de se conhecer a verdade absoluta dos fatos, no entanto, é imprescindível que existam provas concretas, mesmo que indiretas, de sua ocorrência.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

A respeito do tema *ônus da prova*, convém analisar importante contribuição do jurista Paulo Celso Bergstrom Bonilha, in *"Da prova no processo administrativo tributário"*:

"O vocábulo ônus provém do latim (onus) e conserva o significado de fardo, carga, peso ou imposição. Nessa acepção, o ônus de provar (onus probandi) consiste na necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento da autoridade julgadora. Bem de ver que a idéia de ônus da prova não significa a de obrigação, no sentido da existência de dever jurídico de provar. Trata-se de uma necessidade ou risco da prova, sem a qual não é possível obter êxito na causa."

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

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

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

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

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

No caso em tela, a ocorrência do fato que motivou o lançamento é apenas possível, não é provável e, menos ainda, certa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A exigência está baseada em presunção simples, donde tem-se por não provado o fato alegado.

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

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

O acima dito encontra amparo legal no Código de Defesa do Contribuinte – lei n.º 13.515/00 -, o qual estatui que:

Art. 20 - São nulas de pleno direito as exigências administrativas que:

I - estabeleçam obrigações com base em presunção não prevista na legislação tributária

(...)

Art. 22 - É vedado à autoridade administrativa, tributária e fiscal, sob pena de responsabilidade:

(...)

VII - arbitrar o valor da operação ou prestação presumindo circunstâncias não comprovadas em relação ao estabelecimento atuado, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas;

Por todo o dito, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 16/02/06.

**Juliana Diniz Quirino
Conselheira**