

Acórdão: 17.706/06/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010114661-38
Impugnante: Castro Campos e Cunha Ltda. (Autuada)
Coobrigados: Posto Taiti Ltda., Uberlândia Distribuidora de Petróleo do Triângulo Ltda.
PTA/AI: 02.000208436-46
Inscr. Estadual: 267.199190-0086
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO – DIVERGÊNCIA DE OPERAÇÃO – Constatou-se o transporte de álcool hidratado carburante desacobertado de documentação fiscal. Desconsiderada a nota fiscal apresentada, por tratar-se de documento fiscal inidôneo, nos termos do art. 134, inciso II do RICMS/02, haja vista que não correspondia a real operação. Alterado o crédito tributário pelo Fisco, reduzindo-se a majoração da MI exigida de 100% para 50%. Exigências fiscais parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre transporte desacobertado de documentação fiscal de 10.000 litros de álcool hidratado carburante. No momento da ação fiscal, ocorrida em 28/10/04 no Posto Fiscal Ariston Coelho, localizado em Montes Claros, foi apresentada a nota fiscal de n.º 073.129 emitida em 19/10/04 por Uberlândia Distribuidora de Petróleo do Triângulo Ltda., estabelecida em Paulínia/SP, desclassificada pelo Fisco, nos termos do art. 134, inciso II do RICMS/02, por não corresponder a real operação, face à falta de carimbos de postos fiscais existentes no trajeto, bem como pela não autenticação da GNRE na origem e, ainda pela não apresentação do boletim de análise de produto (documento obrigatório pela ANP) e falta de informação da usina de origem do produto.

Lavrado em 26/10/04 - AI exigindo ICMS/ST, MR (100% sobre o valor do imposto) e MI (capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75, majorada em 100% nos termos do § 7º do art. 53 da referida lei).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente por seu representante legal, Impugnação às fls. 21/29.

O Fisco se manifesta às fls. 46/49, refutando as alegações da Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A 1ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 55, que resulta na reformulação do crédito tributário pelo Fisco (com alteração da majoração da MI de 100% para 50%), bem como na juntada dos documentos de fls. 58/65.

Concedida vista dos autos aos Sujeitos Passivos (doc. de fls. 68, 69, 70/72 e 81/83), estes não se manifestam.

Em sessão realizada em 05/07/06, presidida pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 07/07/06.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Relatora), que julgava improcedente o Lançamento e a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora), que o julgava parcialmente procedente, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 66/67.

DECISÃO

Exige-se no presente trabalho fiscal ICMS, MR e MI (capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75 – majorada em 100%), face à constatação do transporte desacobertado de documentação fiscal de 10.000 litros de álcool hidratado carburante.

No momento da ação fiscal, ocorrida em 28/10/04, no Posto Fiscal Ariston Coelho, localizado no município de Montes Claros/MG, foi apresentada a nota fiscal de n.º 073.129 emitida em 19/10/04 por Uberlândia Distribuidora de Petróleo do Triângulo Ltda., estabelecida em Paulínia/SP, desconsiderada pelo Fisco por tratar-se de NF inidônea, nos termos do art. 134, inciso II do RICMS/02, uma vez que não correspondia a real operação, por conter as seguintes irregularidades:

- 1 - Falta de carimbos de postos fiscais existentes no trajeto;
- 2 - Não autenticação da GNRE na origem (doc. de fls. 15);
- 3 - Falta de apresentação do boletim de análise de produto (documento obrigatório pela ANP);
- 4 - Falta de informação da usina de origem do produto.

Em sua peça de defesa, argumenta a Impugnante que não pode figurar no pólo passivo da obrigação tributária, haja vista a sua condição de destinatária da mercadoria e, ainda, por estar o combustível em trânsito, não tendo sido por ela recebido.

Entretanto, o transporte da mercadoria autuada estava a cargo da empresa ora Autuada, conforme se extrai do exame da NF n.º 073.129 de fls. 05 (frete por conta

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do destinatário), fato que inquestionavelmente legitima a sua inclusão como sujeito passivo da obrigação tributária.

Entende, ainda a Impugnante que o AI deve ser cancelado/arquivado, posto que nenhum dos motivos elencados na peça acusatória encontra-se respaldado na legislação em vigor. Esclarece que as péssimas condições das estradas mineiras em especial a rodovia que liga a BR 040 a cidade de Montes Claros faz com que os transportadores optem por roteiros onde as estradas guardam condições de tráfego. Adverte que a autenticação da GNRE na cidade de Montes Claros em nada contraria a legislação tributária, bem como enfatiza que apresentou tempestivamente o boletim de análise dos produtos.

Entretanto, razão não lhe assiste, uma vez que as alegações trazidas na peça de defesa não se prestam a descaracterizar a inidoneidade do documento fiscal apresentado ao Fisco, vejamos:

1 – Contrariamente ao alegado, nem todas as rodovias mineiras encontravam-se em péssimas condições de tráfego, à época da operação em apreço. Ademais, quando da abordagem fiscal (em Montes Claros/MG), já teria o veículo transportador percorrido uma distância superior a 1.000 km (se efetivamente a operação tivesse iniciado em Paulínia/SP), estranhamente, a NF apresentada não continha qualquer carimbo do Fisco paulista ou mineiro.

2 – Como bem observado pelo Fisco na manifestação de fls. 48, o “Certificado de Qualidade do Produto N.º 140.189”, acostado às fls. 38 dos autos, juntamente com a Impugnação, reforça o trabalho fiscal, face às divergências entre os dados contidos na NF e aqueles especificados no mencionado certificado, como por exemplo a massa específica do álcool.

3 – É totalmente injustificável a emissão de documento de arrecadação (GNRE) por contribuinte localizado em outra unidade da Federação para efetuar recolhimento de tributo em agência bancária localizada neste Estado.

4 – A Declaração de fls. 39 emitida pela Coobrigada “Uberlândia Distribuidora de Petróleo do Triângulo Ltda.”, não condiz com a realidade fática. Afirma a declarante que o ICMS fora recolhido antes da retirada do produto. No entanto, a suposta retirada do álcool do estabelecimento paulista deu-se em 19/10/04, sendo que a GNRE (fls. 15 e 35), contém um carimbo do dia 20/10/04.

Restando caracterizada a infração, afiguram-se legítimas as exigências fiscais de ICMS, MR e MI (após alteração do crédito tributário pelo Fisco – doc. de fls. 66/67, com redução da majoração da penalidade isolada de 100% para 50%, em virtude da constatação da primeira reincidência na mesma infração pelos Sujeitos Passivos, conforme se extrai dos documentos de fls. 58/65).

Por derradeiro vale acrescentar que, corretamente incluiu o Fisco no pólo passivo da obrigação tributária a transportadora da mercadoria - “Posto Taiti Ltda.” com fulcro no art. 21, inciso II, alínea “d” da Lei 6763/75. Muito embora não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mencionado no AI os documentos de fls. 08 e 14, comprovam que citada empresa efetuava o transporte do álcool, objeto da autuação. Consta, ainda, como integrante do pólo passivo da obrigação tributária a empresa emitente da NF desclassificada, face às disposições contidas no art. 21, inciso XII da referida lei.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 05/07/06, nos termos da Portaria 04/2001, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 66/67. Vencidos, em parte, os Conselheiros Juliana Diniz Quirino (Relatora) e Antônio César Ribeiro, que o julgavam improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros retro mencionados. Designada relatora a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 07/07/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	17.706/06/1 ^a	Rito: Sumário
Impugnação:	40.010114661-38	
Impugnante:	Castro Campos e Cunha Ltda. (Autuada)	
Coobrigados:	Posto Taiti Ltda., Uberlândia Distribuidora de Petróleo do Triângulo Ltda.	
PTA/AI:	02.000208436-46	
Inscr. Estadual:	267.199190-0086	
Origem:	DF/Montes Claros	

Voto proferido pelo Conselheira 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.

Relata o Auto de Infração que foi constatado o transporte, através do veículo placa GTR 2131, de 10.000 litros de álcool hidratado carburante desacobertados de documento fiscal hábil.

No momento da abordagem, *“foi apresentada a nota fiscal n. 073.129, emitida por Uberlândia Distribuidora de Petróleo do Triângulo Ltda., que foi desclassificada pelo Fisco por não corresponder à real operação, baseada nos seguintes motivos:*

- falta de carimbos de postos fiscais existentes no trajeto;
- GNRE não autenticada na origem;
- não apresentação do boletim de análise (documento obrigatório pela ANP);
- falta de informação da usina de origem do produto”.

Foi exigido ICMS, MR e MI (55, II, c/c 53, §7º), pela infringência aos artigos: 16, VI, IX e XIII; e 39, II, §1º-a, da lei 6763 – 96, X e XVII; e 134, II, do RICMS/02.

Instruíram a peça de acusação os documentos de fls. 04-20, quais sejam:

- AI lavrado em 26.10.04 (fls. 02.03) e recebido em 24, 28 e 29.12.04 (fls. 18-20)

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- NF 073.129 (fls. 05-07) – emitida, em 19.10.04, Uberlândia Distribuidora de Petróleo do Triângulo Ltda. (Paulínia/SP), para Castro Campos e Cunha Ltda. (Francisco Sá/MG) – operação de venda (CFOP 6655) – mercadoria: 10.000 l. de álcool hidratado carburante marca Udipetro – ICMS/OP e ICMS/ST destacados – transportador: Antônio Pereira/veículo placa KAW 6748 e GLU 6653 (no verso consta a observação de que seria feito transbordo para veículo menor) - frete pelo destinatário.

- Nota Fiscal Avulsa n. 731.328 (fl. 08) – emitida, em 28.10.04, em operação de ‘remessa por ordem judicial’, para Castro Campos e Cunha Ltda. – transportador: Posto Taiti Ltda./veículo placa GTR 2131;

- telas Sicaf – consulta infringência/penalidade (fls. 09-11) – PTA n.º 02.000146391.61; 02.000146505.13 e 01.000143605.33 (*não consta data de autuação ou decisão irrecorrível/pagamento*);

- Comunicado, de 28.10.04 (fl. 12) – o veículo estaria à disposição dos interessados, aguardando que o motorista conduzisse a mercadoria até depositário em Montes Claros - a parte se recusou a assinar o documento – comparecimento atestado pela leitura X do equipamento ECF (fl. 13);

- Termo de retenção de mercadoria, de 22.10.04 (fl. 14) – menciona, como motivo, também o transbordo da carga;

- cópia da GNRE (fl. 15) (*pouco legível*).

Em sua defesa (Impugnação de fls. 21-29 - protocolo 1206.2005 – de 28.01), a empresa autuada narrou que adquiriu, em 19.10.04, de Uberlândia Distribuidora de Petróleo do Triângulo Ltda., 10.000 litros de álcool hidratado, retirados, em 21.10.04, da base situada em Paulínia/SP.

Informou que recolheu, em seu domicílio, em 20.10.04, antes da retirada do produto, o ICMS referente à substituição tributária. A GNRE devidamente autenticada teria acompanhado a nota fiscal desde a retirada do produto da distribuidora.

Disse que *“a mercadoria teve trânsito normal de Paulínia-SP ao Município de Várzea da Palma-MG, onde foi efetuado o transbordo do veículo original para o veículo placa GTR 2123”*.

Ressaltou a falta de previsão legal para a atuação fiscal. Ou seja, nenhum dos fatos elencados no relatório é tido como motivo legal para desclassificação de documento fiscal (RICMS, art. 149). Justificou-os nos termos seguintes:

a) em razão da péssima conservação das estradas, os transportadores têm buscado vias alternativas, as quais nem sempre têm postos fiscais;

b) a legislação não veda o recolhimento do ICMS/ST em agência bancária localizada no Município do destino – o contribuinte procurou se precaver, pois seria responsabilizado caso o fornecedor não fizesse o repasse;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

c) o boletim de análise dos produtos foi apresentado tempestivamente – mas, mesmo que não o tivesse, este não seria um motivo para desclassificação do documento.

Acompanharam a peça defensiva os seguintes documentos:

- cópia da GNRE (fl. 35) – autenticação da agência do Bradesco em Montes Claros – 20.10.2004 - especifica que se refere à operação formalizada pela NF 73.129 de 19.10.04

- cópia da NF 73.129 (fl. 36)

- Certificado de Qualidade do Produto n. 140.189 (fl. 38) – emitido, em 18.10.2004, por Vulcano Laboratório de Análises Químicas (Paulínia/SP) – Boletim de Conformidade n. 073/04

- Declaração da empresa Uberlândia Distribuidora de Petróleo do Triângulo Ltda. de que recebeu o pagamento pela operação ora autuada e que o ICMS/ST foi recolhido em banco do Estado de Minas Gerais (fl. 39)

- decisão judicial (fls. 40-43) – liberação da mercadoria

Cabe razão à empresa Impugnante.

Os fatos arrolados no Auto de Infração são indícios de que a operação então em curso não era a descrita na nota fiscal, no entanto, por si, não são suficientes à sua desclassificação.

Presumem-se verdadeiras as informações lançadas nos documentos fiscais. A prova de que não o são cabe ao agente acusador, o Fisco.

As provas apresentadas são insuficientes à desconsideração do documento em foco. A irregularidade não restou comprovada nos autos, razão pela qual não pode subsistir.

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 FARDÃO, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SÃO SUJEITOS DA PROVA, ASSIM, TANTO O CONTRIBUINTE QUANTO A FAZENDA, COM O INTUITO DE CONVENCER A AUTORIDADE JULGADORA DA VERACIDADE DOS FUNDAMENTOS DE SUAS OPOSTAS PRETENSÕES. ESSE DIREITO DE PROVA DOS TITULARES DA RELAÇÃO PROCESSUAL CONVIVE COM O PODER ATRIBUÍDO ÀS AUTORIDADES (PREPARADORA E JULGADORA) DE COMPLEMENTAR A PROVA. ”.

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.

Nesta esteira, destacou Marco Aurélio Greco a incumbência do agente fiscal de comprovar o fato transgressor da legislação. *In verbis*:

“Em suma, 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”. (*Lançamento*, in *Do Lançamento*, Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 12, São Paulo: CEEU/Res. Tributária, 1987, p.170-1)”

Vale ressaltar que o indício somente serviria como prova indireta se a sua ocorrência não permitisse senão a hipótese da ocorrência do fato a ser provado. Sendo possível a alegação de que poderia não ter ocorrido o fato a ser provado (ainda que haja 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 descrição dos fatos apresentada pela defendente é tão plausível quanto a do agente fazendário.

O lançamento, neste ponto, está baseado em presunção simples, donde tem-se por não provado o fato alegado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 fiscal.

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.

São inestimáveis as contribuições do ilustre tributarista Ives Gandra da Silva Martins:

“A presunção não pode ser fato gerador da obrigação tributária, sempre que se referir a fatos absolutamente desconhecidos ou não suficientemente comprovados pelo Fisco”. (Suplemento LTr 112/81)

“As presunções absolutas inexistem, tanto no direito penal, quanto no direito tributário. A presunção absoluta, se prova de elisão existir, transforma sua adoção em ‘ficção jurídica’, isto é, em mentira legal’, por considerar verdadeiro aquilo que a realidade dos fatos demonstra em contrário.

Em verdade, a presunção absoluta que levasse à imposição fiscal, contra a evidência dos fatos, estaria ferindo o princípio da estrita legalidade, que nasce da Carta Magna”. (*Comentários sobre Imposto de Renda*, ed. Res. Tribut. N. 22, 3º trimestre, p. 544)

Por fim, observa-se que a dúvida quanto à ocorrência das irregularidades milita a favor do Contribuinte, como determinado pelo art. 112 do CTN.

Diante disso, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 07/07/06.

Juliana Diniz Quirino
Conselheira

Jdq/mlr