

Acórdão: 18.044/07/1ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010118051-37 (Coob.)
Impugnante: PHD-Photo Digital Serviços Ltda
Autuada: Senna Bala Transportes Rodoviários Ltda
Proc.S.Passivo: Mário Lúcio de Moura Alves/Outro(s)(Coob.)
PTA/AI: 02.000209812-59
CNPJ: 05.874025/0001-38 (Coob.)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NOTA FISCAL - DESTINATÁRIO DIVERSO. Constatado o transporte de mercadoria acobertada com nota fiscal consignando destinatário diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinava, ensejando-se a aplicação da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso V da Lei 6763/75. Infração caracterizada nos termos da reformulação fiscal.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADO - EXCLUSÃO. Acolhimento, por parte do Fisco, das razões de defesa da Coobrigada Store Comércio e Serviços Ltda, para excluí-la do pólo passivo da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – AUTUADA - EXCLUSÃO - Constatando-se ausência de fundamento legal para responsabilizar a Autuada, empresa transportadora, pelo crédito tributário, impõe-se a sua exclusão do pólo passivo da obrigação tributária.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos. Acionado o permissivo legal estatuído no § 3º do artigo 53 da Lei 6763/75 para cancelar a Multa Isolada exigida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte, em 23/06/2005, de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal hábil, visto que o destinatário era uma pessoa física, a qual não utilizaria a mercadoria, por suas características, para consumo, mas tão-somente para fins comerciais. Diante do fato, as notas fiscais foram consideradas inidôneas, uma vez que não correspondiam à real operação, nos termos do art. 134, II, do RICMS/02, então vigente. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e a Multa Isolada prevista no art. 55, II, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Coobrigada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 35/58.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco se manifesta às fls. 83/87, e reformula o crédito tributário nos seguintes termos:

1. alteração da Coobrigada da ação fiscal, sendo excluída a empresa Store Comércio e Serviços Ltda. e incluída a empresa PHD - Photo Digital e Serviços Ltda;
2. alteração da infringência para os artigos 16, VI, VII, XIII, da Lei nº 6.763/75 e 96, X, XVII, do RICMS/02;
3. alteração da penalidade para o art. 55, V, da Lei nº 6.763/75;
4. reformulação do crédito tributário, com a exclusão do ICMS e Multa de Revalidação, conforme Termo de Re-ratificação de fls. 88/89.

Intimadas, a Autuada não se manifesta e a Coobrigada indicada no item 1 acima apresenta Impugnação às fls. 98/114.

O Fisco se manifesta às fls. 119/120.

DECISÃO

A autuação, após a lavratura do Termo de Re-ratificação de fls. 88, versa sobre a exigência da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso V da Lei nº 6.763/75, em razão da emissão de documento fiscal constando como destinatário pessoa diversa daquela a quem a mercadoria realmente se destinou.

A Nota Fiscal que acobertava a operação indicava no campo do destinatário o sócio e seu endereço residencial.

A Coobrigada alega que se utiliza da tradição do bem por meio de contrato de comodato para vinculá-lo à empresa, reforçando, assim, a acusação fiscal de que a mercadoria seria entregue, de fato, em local diverso daquele indicado no documento fiscal.

Assim, conclui-se que o destinatário mencionado no documento fiscal constante dos autos não corresponde àquele a quem as mercadorias efetivamente se destinaram, sendo correta, portanto, a aplicação da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso V da Lei nº 6.763/75:

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal.

Embora comprovado nos autos que o real destinatário dos bens era a Coobrigada, no documento fiscal não consta indicação de que a mercadoria seria diretamente entregue no seu estabelecimento, não sendo possível, portanto, no momento da ação fiscal, considerar a participação e responsabilidade efetiva da transportadora na prática da infração.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar a infração.

No entanto, estabelece o art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75 que 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, observados os §§ 5º e 6º de tal artigo.

Assim, tendo em vista os elementos dos autos, aliados à inexistência de efetiva lesão ao Erário Mineiro e a não comprovação de ter o Impugnante agido com dolo, fraude ou má-fé, temos por cabível a aplicação do permissivo legal para cancelar a penalidade isolada aplicada.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 83, e ainda para excluir do pólo passivo da obrigação tributária a empresa Senna Bala Transportes Rodoviários Ltda. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Revisora), que o julgava improcedente. Em seguida, à unanimidade, em acionar o permissivo legal, art. 53, §3º, da Lei nº 6.763/75, para cancelar a Multa Isolada. Participou do julgamento, além dos signatários e da Conselheira retro mencionada, o Conselheiro Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 24/01/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Lúcia Maria Bizzotto Randazzo
Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 18.044/07/1ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010118051-37 (Coob.)
Impugnante: PHD-Photo Digital Serviços Ltda
Autuada: Senna Bala Transportes Rodoviários Ltda
Proc.S.Passivo: Mário Lúcio de Moura Alves/Outro(s)(Coob.)
PTA/AI: 02.000209812-59
CNPJ: 05.874025/0001-38 (Coob.)
Origem: DF/Juiz de Fora

Voto proferido pela 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.

Decorre o presente processo de acusação fiscal de consignação, em documentos fiscais, de destinatário diverso daquele para quem seriam entregues as mercadorias neles descritas.

O Auto de Infração fora lavrado, inicialmente, contra o Sr. Francisco de Souza Pinto, destinatário das mercadorias.

Tendo o sujeito passivo informado ser sócio de duas empresas ligadas ao ramo fotográfico e haver adquirido os produtos e equipamentos arrolados nos documentos autuados para, posteriormente, enviá-los, em comodato, à 'PHD-Photo Digital Serviços Ltda.', o agente fiscal promoveu a reformulação do crédito tributário, para incluir, no pólo passivo, a empresa prestadora de serviços e para lançar a Multa Isolada capitulada no art. 55, V da Lei 6763/75.

O lançamento funda-se tão-somente na informação de que a empresa PHD assinara, em 30.06.2006, contrato pelo qual receberia, em comodato, os bens adquiridos (fls. 73-75).

Nada nos autos indica que, na ocasião da ação fiscal, a transportadora iria entregar estes bens diretamente na sede da empresa 'PHA Photo Digital Serviços Ltda.', caso em que estaria configurada entrega a destinatário diverso.

Seria perfeitamente possível a entrega ao adquirente consignado nos documentos fiscais, com ulterior remessa para a comodatária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Convém mencionar, neste ato, que não há qualquer impedimento legal à remessa de bens em comodato para uma empresa, realizada por sócio – ou de integralização de cotas daquela através destes bens.

Dito isso, fica evidente que 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 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.

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".

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 que não é o presente caso.

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 alguma 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 destinação das mercadorias a pessoa diversa da consignada nos documentos fiscais é apenas possível e não certa, já que nada impede que elas tenham transitado, primeiramente, pelo endereço firmado naqueles documentos.

O lançamento, neste ponto, está baseado 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 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

Pelo acima exposto, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 24/01/07.

**Juliana Diniz Quirino
Conselheira**

jdq/vsf

CC/MIG