

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.496/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000216635-10
Impugnação: 40.010135738-45, 40.010135739-26 (Coob.), 40.010135740-01 (Coob.)
Impugnante: Posto Gentil Periquito Ltda
IE: 827213165.00-56
Posto Gentil GV São Pedro Ltda (Coob.)
IE: 277399549.00-10
Posto Gentil Ubá Ltda (Coob.)
IE: 001463526.00-38
Proc. S. Passivo: Maria Amélia Evangelista/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO. Mantidos no polo passivo da obrigação tributária os Coobrigados, transportador da mercadoria e o real destinatário, estabelecimento no qual o veículo encontrava-se no momento da ação fiscal, nos termos do art. 124, inciso II e parágrafo único do Código Tributário Nacional e art. 21, incisos II e XII da Lei n.º 6.763/75.

MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Imputação fiscal de transporte de mercadoria desacobertada de documentação fiscal hábil uma vez que o documento apresentado no ato da abordagem descrevia operação diversa daquela que efetivamente se realizava. Razões de defesa insuficientes à deconstituição do crédito tributário. Mantidas as exigências de ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, § 2º e 55, inciso II. A penalidade isolada foi majorada, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75, tendo em vista que restou demonstrada nos autos a reincidência na prática de infração ao mesmo dispositivo legal.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de transporte de mercadoria (etanol hidratado combustível) desacobertada de documentação fiscal hábil.

No momento da abordagem, em 18 de dezembro de 2013, no perímetro urbano de Barbacena - Minas Gerais, a Fiscalização verificou que o veículo placa MPY4122 que tracionava os reboques/tanque placas HDI0688 e HDI0689 se

encontrava estacionado da empresa Gentil Comércio de Combustíveis Barbacena Ltda - EPP. Foram apresentados os DANFES n.ºs 093410 e 093411, emitidos pelo contribuinte paulista Gigante Arm. e Dist. de Der. de Petróleo Ltda, que foram desclassificados por não corresponderem a operação abordada, pois neles constava a observação que o etanol foi retirado do estabelecimento do contribuinte mineiro: Usina Uberaba S/A, sem que houvesse qualquer documento fiscal desse para o destinatário, segundo Coobrigado – Posto Gentil Ubá Ltda Além disto, o Fisco também constatou que dos DANFES desclassificados não constava o real transportador com a substituição pelo nome do motorista.

Exigências do ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, § 2º, inciso III e 55, inciso II. A penalidade isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em face da constatação de reincidência comprovada pelo PTA n.º 01.000174270.86.

Da Impugnação

Inconformados, Autuado e Coobrigados apresentam, tempestiva e conjuntamente, por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 28/39, sob os seguintes fundamentos, em síntese:

- erro material no Auto de Infração impossibilita detectar quem é o sujeito principal e quem são os coobrigados na autuação, obstruindo o sagrado direito de defesa dos envolvidos, não obstante seja apresentada esta impugnação;

- o Agente Fiscal relata em sua autuação que os Coobrigados foram inseridos no polo passivo por serem transportadores e destinatário, respectivamente, do produto. Porém todos os incluídos no polo passivo ou são transportadores ou são destinatários;

- a situação é confusa e impede uma real interpretação em relação à responsabilidade de cada envolvido e a real tese de defesa de cada um;

- ante o indubitável erro material que claramente vem cercear o amplo direito de defesa, pugna pela nulidade do Auto de Infração no estado que se encontra;

- em homenagem ao princípio da eventualidade, impugnam em conjunto de forma indistinta e sem um norte certo;

- destaca a ilegitimidade dos Autuados Posto Gentil GV São Pedro Ltda e Posto Gentil Periquito Ltda, em face de que não pode recair responsabilidade sobre esses, pois o transporte foi realizado com documento fiscal e, se houve a desclassificação, este fato é superveniente;

- o fato das notas fiscais terem sido desclassificadas não induz responsabilidade solidária, pois a desclassificação não equivale a transporte sem documento fiscal;

- restam ausentes os requisitos do art. 21, inciso II da Lei n.º 6.763/75, ficando afastada a responsabilidade solidária do transportador, com espeque no art. 124, inciso II, do Código Tributário Nacional;

- há uma impossibilidade jurídica de emissão de nota fiscal direta da usina para os revendedores, nos termos da Portaria ANP n.º 29/99 que veda a comercialização

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

direta das usinas produtoras de etanol e de biodiesel aos postos revendedores, sendo necessária a intermediação de uma distribuidora;

- conceitua distribuidora e revendedor varejista, para concluir que o posicionamento do Agente Fiscal em suas razões de proceder à autuação, resta sem eficácia alguma, quando apresenta a observação 1 do Auto de Infração, pois é impossível a Usina Uberaba S/A emitir nota fiscal para o revendedor varejista;

- a transação vislumbrada nada mais é do que uma venda à ordem, ou seja, antes do produto ser transportado da Usina Uberaba até a distribuidora o produto foi retirado diretamente pelo revendedor, evitando assim, um transporte desnecessário;

- esta transação não trouxe e não traz nenhum prejuízo ao Erário, pois todos os impostos foram devidamente recolhidos;

- fica estarecido com a informação do Agente Fiscal e de forma incontestável irá comprovar que jamais houve montagem de DANFES, pois todas as informações neles descritas são transmitidas pelo responsável direto pelo tributo, que, no caso em comento, é a Gigante Arm. e Dist de Der. de Petróleo Ltda;

- após o envio das informações para a Receita Estadual, fica impossível promover qualquer alteração no documento fiscal;

- após as considerações e uma prévia consulta no *site* da Fazenda por meio da chave de acesso da nota fiscal é possível detectar que todas as informações nela detalhadas são idênticas aos DANFES desclassificados;

- todos os campos considerados “montados” pelo Agente Fiscal batem perfeitamente com os informados pela Gigante Arm. e Dist de Der. de Petróleo Ltda, sendo forçoso concluir que não há “montagem” de DANFE;

- o fato de ser o veículo emplacado em Minas Gerais e constar como São Paulo, não traz implicabilidade jurídica alguma, por se tratar um erro material;

- na própria nota fiscal é ressalvado que o frete é por conta do destinatário, e ainda, há de considerar que o motorista nem mesmo foi incluído no polo passivo;

- para efeitos de prequestionamento neste órgão julgador e salvaguardando no direito de ser prequestionado na via judicial, ficam questionadas as razões legais e de limites de se desclassificar um documento fiscal quando este retrata toda fidelidade fiscal na forma tributária atual e, com seus consectários recolhimentos do tributo;

- os requisitos destacados pelo Agente Fiscal são incapazes por si só de desclassificar o documento fiscal, pois nenhum deles encontra-se respaldo legal;

- jamais houve qualquer tipo de alteração, adulteração e ou montagem nos DANFES, sendo prova irrefutável neste sentido as informações neles constantes que tratam integralmente as mesmas informações da nota fiscal eletrônica e o recolhimento de todos os tributos devidos;

- caso todos os argumentos sejam desconsiderado, o que espera não ocorrer, cabe ainda ponderar que a majoração imposta da penalidade não pode prosseguir, pois jamais houve infração com penalidade igual à indicada pelo Agente Fiscal.

Ao final, requerem o acolhimento da preliminar e, via de consequência, a declaração de nulidade do Auto de Infração e, caso ultrapassado este pedido, a procedência de sua defesa, no sentido de declarar improcedente o Auto de Infração.

Da Instrução Processual

À fl. 71 e seguintes o Fisco, pelo Termo de Instrução Processual, junta aos autos os seguintes documentos: Cópia do Acórdão n.º 21.362/13/1ª (fls. 72/85), Termo de Esclarecimento (fl. 71) e Consulta Auditor Eletrônico (Operações de venda entre contribuintes), fls. 87/88, reabrindo prazo regulamentar para aditamento a impugnação (fls. 89/90).

Regularmente intimados, os Impugnantes retornam aos autos às fls. 92/96, impugnando os documentos juntados pelo Fisco e afirmando que o produto foi retirado da Cooperativa de Produtores de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo, não podendo ser culpado pela troca do local de retirada. Ao final, requerem, tendo em vista os novos fatos só agora descobertos, em virtude da anexação da Consulta Auditor Eletrônico (Operações de venda entre contribuintes), a procedência da impugnação, bem como seu aditamento, para declarar a legalidade das notas fiscais desclassificadas e, caso, prevaleça a desclassificação, considerar os ditames da Súmula 509 do Superior Tribunal de Justiça.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 105/118, contrariamente ao alegado pela defesa, em resumo, aos fundamentos que se seguem:

- na geração do Auto de Infração pelo sistema SIARE o Fiscal autuante inseriu o sujeito passivo como sendo o Posto Gentil Periquito Ltda, por ser o transportador, proprietário do veículo que tracionava os semi reboques e, desta forma, ter relação direta com o fato gerador da obrigação tributária e, como Coobrigados, o Posto Gentil GV São Pedro Ltda, proprietário dos semi reboques, e Posto Gentil Ubá Ltda, destinatário da mercadoria apreendida;

- a questão trata-se somente de denominação, pois todas as pessoas jurídicas inseridas no polo passivo têm relação direta com o fato gerador da obrigação tributária, nos termos dos arts. 124 do Código Tributário Nacional e 21 da Lei n.º 6.763/75;

- o art. 125 do Código Tributário Nacional, deixa claro que se o pagamento do tributo é feito por um dos contribuintes, a liquidação vale também para os demais;

- a impossibilidade de o Coobrigado invocar, a seu favor, o benefício de ordem permite ao Fisco a opção de escolher aquele que lhe parecer mais solvável;

- o Fisco não vislumbrou dificuldade de interpretação para formulação da impugnação e muito menos elementos que proporcionaram cerceamento de defesa;

- entretanto, para dirimir quaisquer dúvidas, principalmente no tocante a reincidência, modificou-se o Auto de Infração, relativamente as denominações, através do Termo de Esclarecimento, reabrindo ao sujeito passivo e aos Coobrigados novo prazo para aditamento a impugnação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- por mais simplório que seja um transportador de mercadoria, ou até mesmo um motorista, o conhecimento de ambos concernente ao fato de que é necessário um documento fiscal do local onde é carregada determinada mercadoria;
- era responsabilidade dos transportadores, como contribuintes do ICMS, exigir, do estabelecimento onde foi retirada a mercadoria, a nota fiscal para acobertamento fiscal, não sendo cabível a arguição de ilegitimidade passiva;
- cita o inciso IV do art. 149 do RICMS/02 e o art. 21, inciso II da Lei n.º 6.763/75;
- os Impugnantes requerem produção de prova pericial sem indicar assistente técnico e formular quesitos, devendo ser indeferido o pedido nos termos das alíneas “a” e “c” do inciso II do §1º do art. 142 do RPTA;
- o emissor dos DANFES desclassificados declarou que a mercadoria foi retirada da Usina Uberaba S/A, o que foi confirmado pelos Impugnantes;
- no aditamento a impugnação, os Impugnantes mudam sua versão afirmando que o etanol foi retirado da Cooperativa de Produtores de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo, ao contrário do que consta das notas fiscais;
- entretanto a quantidade de etanol constante nas notas fiscais perfaz uma quantidade menor do que a mercadoria apreendida;
- a divergência quanto ao local de entrega constante nas notas fiscais, também torna claro que o produto abordado não se refere a este carregamento;
- vale, ainda, observar, que o transportador das notas fiscais foi a empresa CV Transportes de Combustíveis Ltda;
- analisando os documentos citados pelos Impugnantes e os desclassificados, fica claro que ocorreram as saídas distintas de etanol: uma da Usina Uberaba S/A e outra na mesma data, conforme Notas Fiscais n.ºs 2023, 2024 e 2025;
- o documento emitido por Vulcano Laboratório de Análises Químicas de Paulínea – São Paulo refere-se a outro carregamento de etanol;
- foi arquitetada uma estratégia ilegal para realizar venda direta da usina para o revendedor varejista de combustíveis, conforme os próprios Impugnantes colocam, para que não houvesse punição imposta pela Portaria n.º 29/99 da ANP;
- torna-se totalmente rechaçada a hipótese alegada pelos Impugnantes de que a operação abordada trata-se de venda a ordem;
- elabora um esquema gráfico para demonstrar como seria a venda a ordem;
- na operação abordada não ocorreu a emissão da nota fiscal referente ao art. 304, inciso II, alínea a do Anexo IX do RICMS/02 e nem a emissão da nota fiscal do art. 304, inciso II, alínea b do Anexo IX do RICMS/02;
- o transportador autuado conhecia o fato de que a mercadoria foi carregada em estabelecimento diverso da distribuidora paulista, pois foi ele que efetuou a retirada do etanol da usina;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- estando a mercadoria sem documentação fiscal que acobertasse o trânsito, tornou-se exigível o ICMS/ST, sem considerar qualquer crédito anterior em seu cálculo, pois referente a operação abordada não restou comprovado recolhimento anterior;
 - os documentos anexados a impugnação não podem ser considerados por não se referirem a operação abordada sem documentação fiscal;
 - a operação abordada é uma operação interna de trânsito de mercadoria com a intermediação de um contribuinte paulista para simular uma operação interestadual;
 - tornam-se prejudicadas a citação de doutrina, da Súmula 509 e dos diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, por não se aplicarem ao caso;
 - o motivo da desclassificação das notas fiscais foi o fato dessas não corresponderem a operação abordada;
 - o Fisco destacou as irregularidades nos documentos fiscais, pois há indícios de crime de sonegação fiscal, inclusive com a participação de vários agentes, para fins de elementos para representação fiscal e porque realmente elas existiram;
 - há indícios que a troca de estado dos veículos transportadores tinha o objetivo de impossibilitar o rastreamento futuro do Fisco, caso a operação se efetivasse;
 - há, sim, divergência entre as informações constantes nas notas fiscais e nos DANFES, ao contrário do que afirmam os Impugnantes;
 - o transportador não era o motorista conforme consta nas notas fiscais desclassificadas, existindo malícia na troca do transportador que, eram os contribuintes proprietários dos veículos transportadores pelo nome do motorista;
 - por este motivo, o motorista não foi incluído no polo passivo da autuação;
 - cita o Acórdão n.º 21.362/13/1ª;
 - destaca a Consulta Auditor Eletrônico que não trouxe quebra de sigilo fiscal dos contribuintes citados;
 - não pode ser acatado o pedido de desconsideração da majoração da penalidade isolada, pois a reincidência está demonstrada;
 - é improcedente o pedido para que se converta em diligência o feito;
 - é absurda a acusação de que o Agente do Fisco praticou a conduta criminosa de Excesso de Exação agindo cegamente no trabalho fiscal.
- Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual contém a imputação fiscal de transporte de mercadoria (etanol hidratado combustível) desacobertada de documentação fiscal hábil.

Exigências do ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, § 2º, inciso III e 55, inciso II.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A penalidade isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em face da constatação de reincidência comprovada pelo PTA n.º 01.000174270.86.

É o seguinte o texto do relatório do Auto de Infração (fls. 02/03):

Constatamos em serviço de fiscalização de trânsito de combustíveis, na data de 18/12/2013, às 12:20 horas, no perímetro urbano de Barbacena-MG, após abordagem do veículo placa MPY4122-MG que tracionava os reboques/tanque placas HDI0688-MG e HDI0689-MG, que se encontrava estacionado no pátio do estabelecimento do contribuinte: Gentil Comércio de Combustíveis Barbacena Ltda. - EPP, e apresentação pelo motorista dos DANFE's: 093410 e 093411 emitidos pelo contribuinte paulista: Gigante Arm. e Dist. de Der. de Petróleo Ltda., CNPJ: 08.056.113/0001-10, conforme AAD: 001932, o transporte de 22000 litros de etanol hidratado combustível no valor de R\$ 32.971,33 sem documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS-ST. Por esta infração exige-se o ICMS-ST sobre a base de cálculo de R\$46.448,60 (22000 X 2,1113 (PMPF do período)=46.448,60) (aliquota 19%), a multa de revalidação prevista no artigo 56, inciso II, § 2º, item III, da Lei 6763/75, além da penalidade isolada de 40% sobre a base de cálculo de 32.971,33 (arbitrada tomando-se por base os valores da mercadoria constantes nos DANFE's exibidos e desclassificados). Esta penalidade isolada foi majorada em 50%, por ser o sujeito passivo reincidente, conforme PTA: 01.000174270.86 de 24.05.2012 e conforme Demonstrativo de reincidência anexo.

Coobrigados inseridos no polo passivo por motivo de serem o transportador e o destinatário da mercadoria, nos termos do art. 124, inciso II e art. 124, parágrafo único do CTN c/c os arts. 21, II, "C" e art. 21, XII da Lei 6763/75.

OBS 1: Os DANFE's exibidos ao fisco foram desclassificados para acobertamento fiscal do trânsito da mercadoria por não corresponderem a operação abordada, pois neles constavam a observação que o etanol foi retirado do estabelecimento do contribuinte mineiro: Usina Uberaba S/A, Insc. estadual: 7013999710030, sem que houvesse qualquer documento fiscal deste para o destinatário, ou seja para o 2º coobrigado deste Auto de Infração. Evidenciamos outras irregularidades relativamente ao DANFE's desclassificados: como a omissão do real transportador nos DANFE's com a substituição pelo nome do motorista, como a montagem dos DANFE's através da superposição da informação de que a

mercadoria fora retirada da usina mineira e o fato dos veículos emplacados em MG nos DANFE's constarem como sendo de SP.

OBS 2: Em relação ao Auto de Apreensão e Depósito - AAD: 001932 que foi relativo a apreensão de 46000 litros de etanol hidratado combustível houve a divisão em dois autos de infração em virtude da inserção dos coobrigados que foram eleitos para o polo passivo, por serem os destinatários das mercadorias, que foram, inclusive, apreendidas de' acordo com o destino dos DANFE's desclassificados.

Da Preliminar

Inicialmente cabe analisar as prefaciais arguidas pelos Impugnantes.

Neste sentido, alegam os Defendentes a existência de erro material no Auto de Infração sendo que tal falha impossibilitaria detectar quem é o sujeito principal e quem são os coobrigados na autuação fiscal, obstruindo, por consequência, o direito de defesa dos envolvidos, não obstante seja apresentada a impugnação.

Importa observar que os próprios Impugnantes, em sua peça de defesa, reconhecem que o Fisco já relatou na autuação que os coobrigados foram inseridos no polo passivo por serem transportadores e destinatário respectivamente do produto.

Reportando-se ao relatório do Auto de Infração é possível verificar que realmente a questão destacada pelos Impugnantes já fica patente na peça inicial do presente processo, qual seja, o Auto de Infração que formalizou o crédito tributário.

Desta forma, não é possível acolher a pretensão dos Impugnantes de que a situação constante do Auto de Infração seria confusa ou mesmo que esta impediria uma real interpretação em relação à responsabilidade de cada envolvido.

Importa observar que a Fiscalização, na elaboração do Auto de Infração, inseriu como sujeito passivo as seguintes pessoas jurídicas:

- o Posto Gentil Periquito Ltda, por ser o transportador, proprietário do veículo que tracionava os semi reboques;
- o Posto Gentil GV São Pedro Ltda, proprietário dos semi reboques;
- o Posto Gentil Ubá Ltda, destinatário da mercadoria apreendida.

As três empresas acima citadas, sem dúvida, tem relação direta com o fato gerador da obrigação tributária.

A questão trata-se somente de denominação, pois todas as pessoas jurídicas inseridas no polo passivo da autuação têm relação direta com o fato gerador da obrigação tributária, nos termos dos arts. 124 do Código Tributário Nacional e 21 da Lei n.º 6.763/75.

Para melhor elucidação da questão veja-se o que determinam os citados dispositivos legais:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Código Tributário Nacional

Art. 124 - São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Lei n.º 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....

II- os transportadores:

.....

c) em relação à mercadoria transportada sem documento fiscal, ou com nota fiscal com prazo de validade vencido.

.....

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

Ademais, o art. 125 do Código Tributário Nacional deixa claro que se o pagamento do tributo é feito por um dos contribuintes, a liquidação vale também para os demais, ou seja, não há benefício de ordem para exigência do crédito tributário entre os envolvidos na autuação.

Importante destacar que, embora não se vislumbre divergência ou dificuldade de interpretação para formulação da defesa e, muito menos, cerceamento ao amplo direito de defesa, como alegam os Impugnantes, para dirimir quaisquer dúvidas, principalmente no tocante a reincidência, o Fisco alterou o Auto de Infração, relativamente as denominações, por meio do Termo de Esclarecimento de fl. 71.

A partir do Termo de Esclarecimento foi reaberto aos Impugnantes novo prazo para aditamento a impugnação.

Assim, restou prejudicada a tese da impugnação.

Portanto, não se verificou o erro material suscitado pelos Impugnantes ou mesmo qualquer cerceamento ao seu amplo direito de defesa, não havendo motivos para decretação da nulidade do lançamento.

A questão dos Coobrigados também foi tratada como preliminar, mas, no caso, será apreciada juntamente com o mérito.

Do Mérito

Em relação ao mérito cabe, primeiramente, analisar a questão posta pelos Impugnantes quanto à sua aposição no polo passivo.

Neste sentido, sustentam os Impugnantes a ilegitimidade dos autuados Posto Gentil GV São Pedro Ltda e Posto Gentil Periquito Ltda no polo passivo da obrigação tributária, em face de que não poderia recair responsabilidade sobre estes, pois o transporte foi realizado com documento fiscal e, se houve a desclassificação, esse fato é superveniente.

No entendimento dos Impugnantes o fato das notas fiscais terem sido desclassificadas pela Fiscalização não induziria responsabilidade solidária, pois a desclassificação não equivale a transporte sem documento fiscal.

Entretanto, o pedido de ilegitimidade passiva dos autuados Posto Gentil GV São Pedro Ltda e Posto Gentil Periquito Ltda, transportadores da mercadoria, sob o argumento de que o transporte ocorreu com documentação fiscal fica prejudicado pela desclassificação da documentação apresentada no momento da ação fiscal, que se deu pelo fato de não espelhar a operação realizada. Destaque-se que os transportadores tinham plena ciência de tal fato.

Assim, prevalece a responsabilidade solidária do transportador conforme art. 21, inciso II da Lei n.º 6.763/75 c/c o art. 124, inciso II do Código Tributário Nacional. Ambos já transcritos nesta decisão.

Saliente-se que o transportador de mercadoria deve ter ciência de sua obrigação legal de verificar a documentação por ele recebida, e que a nota fiscal deve constar o local onde é carregada a mercadoria, ou, no caso em tela, onde foi retirado o produto.

Portanto, era responsabilidade dos transportadores, como contribuintes do ICMS, exigir do estabelecimento onde foi retirada a mercadoria, a nota fiscal deste estabelecimento para acobertamento do trânsito da mercadoria.

Destaque-se que não é dado a ninguém arguir o desconhecimento da lei para se furta de obrigação.

Desta forma, não é cabível a arguição de ilegitimidade passiva, pois os transportadores tinham o conhecimento de onde foi retirado o produto, cabendo a eles a exigência do documento fiscal de acordo com o que preceitua o inciso VII do art. 16 da Lei n.º 6.763/75:

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.

A constatação do Fisco foi que a documentação fiscal apresentada não se referia a operação abordada.

O inciso IV do art. 149 do RICMS/02 preceitua que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

.....
IV - com documento não enquadrado nas hipóteses do inciso anterior ou do inciso V do caput do art. 216 deste Regulamento e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação.

Já o art. 21, inciso II da Lei 6763/75 estabelece que:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....
II- os transportadores:

.....
c) em relação à mercadoria transportada sem documento fiscal, ou com nota fiscal com prazo de validade vencido.

Pelas normas legais destacadas fica afastada a tese da impugnação de ilegitimidade passiva dos autuados transportadores.

Em relação ao mérito propriamente dito, cumpre destacar que o emissor das notas fiscais desclassificadas declarou que a mercadoria foi retirada do estabelecimento da Usina Uberaba S/A, Inscrição Estadual n.º 7013999710030 e CNPJ n.º 07.674341/0001-91.

O fato de a mercadoria haver sido retirada da usina mineira foi confirmado pelos Impugnantes na peça contestatória inicial, fls. 28/39.

Portanto, não paira qualquer dúvida que o etanol abordado foi retirado diretamente da usina mineira para o revendedor varejista mineiro, no caso, o contribuinte Posto Gentil Ubá Ltda.

No aditamento à impugnação (fls. 92/97), os Impugnantes alteram sua versão original afirmando que o etanol foi retirado da Cooperativa de Produtores de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo.

Entretanto, nas notas fiscais desclassificadas, documentos apresentados no momento da abordagem pela Fiscalização, está declarado que o produto foi retirado da Usina Uberaba S/A.

Mesmo diante desta realidade, deve ser analisada a procedência da arguição trazida no aditamento a impugnação de que o etanol foi retirado da Cooperativa de Produtores de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo com as Notas Fiscais n.ºs 2023, 2024 e 2025, documentos de fls. 97/102.

Contudo, a análise deste argumento também não socorre aos Impugnantes, pois a quantidade de etanol constante das Notas Fiscais n.ºs 2023, 2024 e 2025 perfaz 45.784 (quarenta e cinco mil, setecentos e oitenta e quatro) litros e o total de mercadoria apreendida conforme Auto de Apreensão e Depósito n.º 001932 (fl. 06) perfaz o total de 46000 (quarenta e seis mil) litros de etanol.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outro fato que deve ser observado refere-se ao local de entrega constante das Notas Fiscais n.ºs 2023, 2024 e 2025. Nelas consta que o carregamento das Notas Fiscais n.ºs 2023 e 2025, no total de 22.784 (vinte e dois mil) litros, será entregue na Copape Produtos de Petróleo Ltda de Guarulhos – São Paulo e da Nota Fiscal n.º 2.025, o total de 23000 (vinte e três mil) litros, serão entregues ao contribuinte paulista Transo Combustíveis Ltda de Paulínia – São Paulo.

Posto isto, torna-se claro que o produto abordado não se refere a este carregamento.

Vale, ainda, observar, que o transportador destas notas fiscais foi a empresa CV Transportes de Combustíveis Ltda, conforme consta nos DANFES.

Analisando os documentos retromencionados e, ainda, aqueles desclassificados pelo Fisco Mineiro fica claro que ocorreram as seguintes saídas de etanol:

- uma da Usina Uberaba S/A, às 16:41 horas, do dia 17 de dezembro de 2013, de 46.000 (quarenta e seis mil) litros de etanol hidratado, conforme apreensão feita relatada no Auto de Apreensão e Depósito n.º 001932 (fl. 06), relativamente aos DANFES n.ºs 093408, 093409, 093410 e 093411;

- outra na mesma data, às 14:47, de 45.784 (quarenta e cinco mil, setecentos e oitenta e quatro) litros de etanol hidratado, conforme Notas Fiscais n.ºs 2023, 2024 e 2025.

Estes dados conduzem a conclusão de que não há relação entre as duas saídas e, que as notas fiscais emitidas pelo contribuinte paulista Gigante Arm. e Dist de Deriv. de Petróleo e Álcool Ltda não acobertavam o trânsito fiscal da mercadoria em território mineiro.

Ainda, é necessário analisar o documento emitido por Vulcano Laboratório de Análises Químicas de Paulínia – São Paulo (fl. 11), referente ao Relatório de Ensaio n.º 1.137.1109, emitido para atendimento as normas da ANP.

O Boletim de Conformidade n.º 292/13 refere-se a um carregamento de Etanol Hidratado Combustível efetuado em 17 de dezembro de 2013. Portanto, conclui-se que não se refere ao etanol abordado pela Fiscalização, pois a mercadoria abordada não circulou no Estado de São Paulo, como os próprios Impugnantes afirmam, e a mercadoria objeto da análise química ocorreu no Estado de São Paulo, sede do laboratório.

Reafirme-se que, conforme Consulta Auditor Eletrônico (Operações de venda entre contribuintes), documentos de fls. 87/88, não ocorreu emissão de documento fiscal, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2013 da Usina Uberaba S/A para o distribuidor paulista.

Não é possível, também, acolher a tese dos Impugnantes de que a operação abordada tratava-se de venda a ordem.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há qualquer citação nos documentos desclassificados da nota fiscal de aquisição do etanol pelo contribuinte paulista, ou seja, a distribuidora Gigante Arm. e Dist. de Der. de Petróleo Ltda.

Também, não houve qualquer saída de etanol da usina mineira para o distribuidor paulista no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2013, conforme comprova a Consulta Auditor Eletrônico (Operações de venda entre contribuintes) anexada aos autos, fls. 87/88.

Não ocorreu, ainda, a emissão da nota fiscal que acobertaria o transporte da mercadoria, na hipótese de venda à ordem, que seria a nota fiscal emitida pelo vendedor remetente (usina mineira), em nome do destinatário (posto revendedor de Ubá-MG); conforme prevê o art. 304, inciso II, alínea a do Anexo IX do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 304 - Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcial da mercadoria a terceiro, será emitida nota fiscal:

I - pelo adquirente originário, em nome do destinatário da mercadoria, com destaque do imposto, se devido, indicando-se, além dos requisitos exigidos, o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do estabelecimento que irá promover a remessa da mercadoria;

II - pelo vendedor remetente:

a - em nome do destinatário, para acobertar o trânsito da mercadoria, sem destaque do imposto, indicando-se, além dos requisitos exigidos:

a.1 - como natureza da operação, a seguinte expressão: "Remessa por conta e ordem de terceiros";

a.2 - o número, a série e a data da nota fiscal de que trata o inciso anterior;

a.3 - o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente da nota fiscal referida na subalínea anterior;

b - em nome do adquirente originário, com destaque do imposto, se devido, indicando-se, como natureza da operação: "Remessa simbólica - venda à ordem",

e o número, a série e a data da nota fiscal emitida na forma da alínea anterior.

Parágrafo único - Por ocasião da escrituração, no livro Registro de Saídas, das notas fiscais de que trata este Capítulo, será mencionado o motivo da emissão.

Na operação abordada não ocorreu a emissão da nota fiscal referente ao art. 304, inciso II, alínea a do Anexo IX do RICMS/02 e nem a emissão da nota fiscal prevista no art. 304, inciso II, alínea b do Anexo IX do RICMS/02. Até porque, neste

segundo caso, esta operação não existiu, conforme demonstra a já citada Consulta Auditor Eletrônico (fls. 87/88).

Pelo exposto fica claro que a operação objeto da autuação não se trata de venda a ordem, conforme tese defendida pelos Impugnantes e, por consequência, correta a desclassificação das notas fiscais pelo fato dos DANFES apresentados, no momento da abordagem, não corresponderem a operação que de fato estava sendo realizada.

Repita-se, pela importância, que o transportador autuado conhecia o fato de que a mercadoria foi carregada em estabelecimento diverso da distribuidora paulista, pois foi ele que efetuou a retirada do etanol da usina.

Estando a mercadoria desacompanhada de documentação fiscal hábil ao acobertamento da operação, é exigível o ICMS/ST.

Há de se salientar que no cálculo do ICMS/ST não foi considerado qualquer crédito anterior, pois referente a operação abordada não restou comprovado recolhimento anterior.

Desta forma, o cálculo do ICMS/ST, conforme consta no Auto de Infração obedeceu a seguinte equação:

$$\text{ICMS-ST} = 19\% \times (22000 \text{ litros} \times 2,1113 \text{ (PMPF da data do fato)}) = 9.627,53$$

Os documentos de fls. 53 e 60, anexados a impugnação, demonstram recolhimentos de ICMS no código 326-9 (ICMS recolhido antecipadamente) concernente as Notas Fiscais n.ºs 93410 e 93411. Entretanto, estes recolhimentos não podem ser considerados, por não se referirem a operação abordada sem documentação fiscal.

Vale salientar que a operação abordada trata-se de uma operação interna. Portanto, o ICMS recolhido pelo contribuinte paulista não se refere a operação autuada.

Assim, tornam-se prejudicadas a citação doutrinária e da jurisprudência e a Súmula do Superior Tribunal de Justiça por não se aplicarem ao caso objeto de apreciação pela Câmara.

O motivo da desclassificação das notas fiscais foi o fato destas não corresponderem a operação abordada.

Observando-se as notas fiscais de fls. 55/58 e 62/65, inseridas nos autos pelos Impugnantes, verifica-se que consta o veículo transportador: MPY-4122 como sendo de Minas Gerais e nos DANFES (fls. 53 e 59), que o veículo MPY-4122 consta como sendo de São Paulo.

Também é fato que o transportador não era o motorista conforme constante das notas fiscais e DANFES desclassificados.

Importa ressaltar que, por meio do Termo de Instrução Processual, foi incluído nos autos o Acórdão n.º 21.362/13/1ª (fls. 72/85), que contém decisão de um caso análogo ao ora apreciado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O pedido de desconsideração da majoração da penalidade isolada sob o argumento que jamais houve infração com penalidade igual a indicada no trabalho fiscal, torna-se improcedente quando se verifica o Demonstrativo de Reincidência (fls. 17/19). Neste demonstrativo consta o PTA n.º 01.000174270.86, do Posto Gentil Periquito Ltda, sujeito passivo principal da autuação, por infração ao art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, mesma penalização do trabalho fiscal objeto desta lide.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pelas Impugnantes, sustentou oralmente o Sr. Genil Mata da Cruz e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além da signatária, as Conselheiras Maria Vanessa Soares Nunes (Revisora), Ivana Maria de Almeida e Luciana Goulart Ferreira.

Sala das Sessões, 10 de julho de 2014.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora**