

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	22.437/20/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.001245140-63	
Impugnação:	40.010148607-67	
Impugnante:	Dasa- Destilaria de Álcool Serra dos Aimorés S/A	
	IE: 668389077.00-21	
Proc. S. Passivo:	Leonardo Nunes Marques/Outro(s)	
Origem:	Núcleo de Atividades Fiscais Estratégicas	

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário relativo a janeiro a maio de 2014.

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERNA. Constatada a emissão de notas fiscais consignando destinatários das mercadorias estabelecimentos situados em outra unidade da Federação, sem a comprovação da efetiva saída das mercadorias do território mineiro, hipótese em que se presume interna a operação, conforme dispõe o art. 33, § 7º, da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada ante a não comprovação efetiva da remessa das mercadorias para o destinatário indicado nas notas fiscais autuadas, sediado em outra unidade da Federação, conforme determina o citado dispositivo legal. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, resultante da diferença de alíquotas (interna e interestadual), Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XLV, da citada lei, esta limitada ao disposto no §2º, inciso I do citado art. 55.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de que a Autuada promoveu a saída de etanol hidratado combustível – EHC com destino a empresas sediadas em outras unidades da Federação (Paraná e São Paulo), no período de 01/01/14 a 31/12/14, sem a comprovação da efetiva saída das mercadorias do território mineiro, hipótese em que se presume interna a operação, conforme dispõe o art. 33, §7º, da Lei nº 6.763/75.

Exige-se o ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna de 19% (dezenove por cento) e a destacada nas notas fiscais, no percentual de 12% (doze por

cento), Multas de Revalidação e Isolada capituladas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XLV, ambos da Lei nº 6.763/75.

Instruem os autos: Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF de fls. 02/03; Auto de Infração - AI de fls. 04/05; Relatório Fiscal de fls. 06/09; Relação de Notas Fiscais objeto do Auto de Infração (fls. 10/37); Planilha DASA contendo a apuração do ICMS exigido (fls. 38); Anexo 01: Termos de intimação para apresentação de documentos (fls. 39/41); Anexo 02: Comprovantes de depósitos bancários enviados pela Autuada (fls. 42/196); Anexo 03: Quadro resumo dos depósitos bancários – identificação do tipo de depósito bancário – análise fiscal (fls. 197/201); Anexo 04: Situação cadastral das empresas envolvidas (fls. 202/207).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 210/269, aos seguintes argumentos, em síntese:

- alega que é pessoa jurídica de direito privado que se dedica à industrialização de cana de açúcar para fabricação de álcool;

- sustenta que os fundamentos fáticos utilizados pela Fiscalização para considerar que as mercadorias não saíram do território mineiro foram dois: inabilitação da empresa adquirente perante o Fisco estadual e não identificação do autor dos pagamentos das compras realizadas;

- argui nulidade parcial do presente lançamento, tendo em vista que as exigências fiscais referentes às notas fiscais que têm como destinatária a empresa Pedvesa Distribuidora de Petróleo Ltda constam do PTA de nº 01.001153533-20 de mesma sujeição passiva dos presentes autos;

- alega a decadência parcial do crédito tributário cujos fatos geradores ocorreram até maio de 2014, nos termos do disposto no art. 150, §4º, do CTN;

- diz, ainda, que a Fiscalização ao efetuar o Auto de Infração referente ao PTA nº 01.001153533-20 e não ter apresentado discordância em relação às demais operações, procedeu à homologação expressa destas, encontrando-se impedida de aplicar penalidade, devendo ser desconstituído o ato administrativo combatido.

Entende inaplicável, no caso, o disposto no art. 33, § 7º, da Lei nº 6.763/75, arguindo:

- a regularidade das notas fiscais relacionadas à autuação, bem como das operações efetuadas, não subsistindo o caráter simulado atribuído a elas pela Fiscalização;

- diz que, de forma prévia à emissão das notas fiscais, adotou todos os procedimentos possíveis e necessários a fim de atestar a regularidade cadastral das empresas destinatárias;

- fala que a Fiscalização, ao buscar justificar a ausência de provas das referidas operações, afirma que as empresas compradoras do EHC foram constituídas unicamente com a finalidade de simular operações, ao que teriam sido inabilitadas;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- diz que a Fiscalização acusa de simulação de operações com a empresa destinatária Santarém Distribuidora de Petróleo Ltda no ano de 2014, mas tal empresa teria se tornado inabilitada em maio de 2016;

- argumenta que, no entender da Fiscalização, a Autuada está obrigada a prever que em 2016 um de seus compradores viria a se tornar inabilitado para operações com EHC, para não realizar vendas em 2014, o que se mostra absurdo.

Reporta-se aos documentos por ela colacionados aos autos como comprovação de regularidade dos compradores, aos seguintes termos, em síntese:

- fala que informação de indiscutível relevância ao exame das operações realizadas é à submissão ao regime especial nas operações com etanol hidratado (álcool etílico hidratado) concedido a ela conforme PTA nº 45.000004839.40 pela Superintendência de Fiscalização da SEF/MG (doc. 07 de fls. 526/530);

- diz que para permanecer usufruindo dos benefícios decorrentes do regime especial, a Autuada se comprometeu perante o Fisco estadual a promover uma série de medidas para registro dos compradores e das operações realizadas, mantendo sob sua guarda documentos para apresentação à Fiscalização, nos termos dos incisos IV e V do art. 3º do ato concessório (transcritos às fls. 230);

- argui que, à época das operações, consultou, antes da emissão de todas as notas fiscais, o cadastro das referidas empresas no Sintegra, no qual constatou, em todas as oportunidades, que a pessoas jurídicas apresentavam situação “habilitada” para realização de operações mercantis, conforme situação cadastral vigente e informada pelo próprio Estado de localização dos estabelecimentos;

- em relação à empresa destinatária Santarém Distribuidora de Petróleo Ltda, alega que desde 2008 e durante todo o período de 2014, ela se encontrava habilitada (conforme consulta Sintegra de fls. 231) – doc. 8 de fls. 531/567;

- no caso da empresa destinatária Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, alega que ela permaneceu habilitada junto ao Sintegra até a data de 09/06/14 - cópia de consulta às fls. 232 (doc. 09 de fls. 568/613), quando então passou a constar como “não habilitada”, o que ensejou a cessação de operações de venda para o então comprador (reproduz tela consulta Sintegra às fls. 232). A partir de tal data, nenhuma operação ocorreu com a citada empresa, o que diz demonstrar o compromisso da Impugnante com a aferição da regularidade das empresas com as quais comercializou, como também desconstitui a presunção de não ocorrência das operações interestaduais fundadas na suposta simulação;

- no tocante às empresas destinatárias Monte Cabral Distribuidora de Combustíveis Ltda e Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda, sediadas em São Paulo, assevera que a Fiscalização não realizou qualquer alegação acerca da regularidade da habilitação das empresas, mas comprova a Impugnante que elas se encontravam regulares perante o Sintegra, conforme consultas Sintegra de fls. 233 e 234 - docs. 10 e 11 de fls. 614/742;

- de igual modo, alega que ocorreu com a empresa Pedvesa Distribuidora de Petróleo Ltda, conforme consulta Sintegra de fls. 235 - doc. 12 de fls. 743/778;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- fala que a consulta Sintegra é um procedimento imposto ao contribuinte pela legislação estadual com o objetivo de evitar a realização de operações irregulares e garantir àquele que cumpre a norma a presunção de que age de boa-fé (cita o art. 16, inciso X, da Lei nº 6.763/75);

- destaca que também promoveu consulta ao cadastro das empresas junto à Receita Federal do Brasil, o qual informava a situação cadastral “ativa” para as referidas pessoas jurídicas (docs. 08, 09 e 12);

- no tocante à empresa Arogás Comércio de Combustíveis Ltda, não obstante a alegação da Fiscalização de sua inabilitação no Sintegra a partir de junho de 2014, informa que ela se encontrava ativa junto à Receita Federal até março de 2018 (comprovante de inscrição cadastral da Receita Federal de fls. 236);

- argumenta que a legislação federal (art. 82, da Lei nº 9.430/96), inclusive, estabelece que é inidônea a documentação fiscal emitida por pessoa jurídica com inscrição no CNPJ declarada inapta, o que não era o caso do cadastro das empresas destinatárias à época da emissão das notas fiscais;

- entende, assim, que carece de qualquer fundamento lógico a presunção efetuada pela Fiscalização de que o contribuinte que cumpre a legislação e consulta a situação fiscal de seu parceiro comercial no Sintegra e no cadastro CNPJ da Receita Federal não age de boa-fé;

- informa que também consultou à ANP - Agência Nacional do Petróleo em relação às distribuidoras de combustíveis líquidos autorizadas ao exercício da atividade, conforme lista atualizada em julho de 2014 (doc. 13 - fls. 779/789), na qual constavam expressamente como “Autorizadas”;

- questiona como poderia a Autuada supor a alegada irregularidade das empresas se os próprios órgãos estatais, responsáveis por fiscalizar e informar ao público a regularidade das pessoas jurídicas, não mantiveram o cadastro em conformidade com as supostos irregularidades, agora sustentadas, para fins de imposição de autuação;

- reporta-se à Resolução nº 42/11 da ANP (doc. 14 de fls. 790/866), que em seu art. 9º determina uma série de providências a serem adotadas para autorização de operação, com apresentação de inúmeros documentos elencados em seus incisos II e IV, sendo ainda que a ANP promoverá a vistoria do estabelecimento para fins de concessão da autorização para a operação, alegando que as empresas destinatárias possuíam autorização para operações com combustíveis pela ANP, e que tal autorização só ocorre mediante vistoria das instalações pela ANP, a qual certificou a existência e a capacidade de armazenagem das distribuidoras, tornando públicas tais informações para assegurar a terceiros a regularidade das operações;

- conclui que resta evidente que não podem ser imputadas quaisquer irregularidades em tais operações, haja vista que elas foram realizadas com a prévia consulta à habilitação e a regularidade da empresa destinatária junto aos órgãos públicos federal e estadual, na forma preconizada na legislação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- reporta-se à jurisprudência do STJ que sedimentou entendimento, em sede de julgamento de recurso repetitivo, que o crédito de ICMS proveniente da aquisição de mercadoria de empresa inapta poderia ser aproveitado desde que comprovada a boa-fé do comerciante;

- fala que a autuação levada a efeito pela Fiscalização estadual atinge o princípios da segurança jurídica e da boa-fé do administrado-contribuinte;

- menciona que a jurisprudência pátria tem se manifestado contrariamente à possibilidade de afastamento da boa-fé do contribuinte que age de acordo com as informações acerca da regularidade das pessoas jurídicas veiculadas pelo ente estadual, mormente quando a cassação da inscrição estadual da empresa deu-se posteriormente às operações incluídas em Auto de Infração;

- diz que um segundo ponto levantado pela Fiscalização para presumir como não ocorridas as operações interestaduais identificadas nos documentos fiscais, seria a suposta impossibilidade de identificar o real pagador nas respectivas operações, haja vista que teriam sido identificadas neste período as situações elencadas no Anexo 2 do PTA;

- fala que a não identificação dos pagamentos constantes nas notas fiscais emitidas pela Impugnante não ensejaria a presunção de operação interna, nos termos do art. 33, §7º, da Lei nº 6.763/75;

- diz que se a Fiscalização fala que não identificou os valores pagos à Autuada na saídas de EHC e não traz elementos capazes de demonstrar que a mercadoria deixou o estado de Minas Gerais, o que se presume é que a operação não ocorreu efetivamente e nenhum tributo é devido, cabendo restituição do valor indevidamente recolhido a título de alíquota interna;

- assevera que a Fiscalização desconhece acerca das operações realizadas entre vendedores e compradores de combustíveis, intermediadas por empresas do ramo de representação comercial, que auxiliam na realização de negócios entre empresas de vários estados;

- ressalta que, consoante se verifica do comprovante de inscrição da D2S Representações Ltda junto ao CNPJ (doc. 17 de fls. 2.451/2.452), esta tem como atividade principal a atuação como representante comercial e agente de comércio de mercadorias e nenhuma estranheza causa, portanto, a intermediação de operações de compra e venda por meio de uma empresa que exerce a atividade de representante comercial;

- sustenta que tampouco causa espanto que a D2S tenha sua agência bancária de relacionamento no município de Nanuque/MG, mesmo município no qual a Impugnante tem conta bancária, pois a D2S está sediada no Município de Nanuque, próximo ao Município de Serra dos Aimorés/MG, onde se encontra estabelecida a Dasa;

- relata que, a partir de Nanuque, a corretora tem acesso aos municípios onde se encontram estabelecidas indústrias do ramo sucroalcooleiro e, dada a sua proximidade, conhecimento das necessidades e demandas do polo industrial da região,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

atua na intermediação da compra e venda de etanol para empresas de outros estados, e esta é justamente a situação para a qual deixou de atentar a Fiscalização.

Ressalta que a atuação do representante comercial perante a usina produtora de etanol hidratado carburante (EHC) e as distribuidoras de combustíveis espalhadas pelo Brasil acontece da seguinte forma:

- a D2S Representações Ltda mantém contato com as distribuidoras de combustíveis em diversos estados da Federação, recebendo das referidas empresas, dentre as quais as 5 (cinco) listadas no AI, demandas de etanol a serem supridas;

- o representante comercial então contata a usina produtora do EHC, *in casu*, a DASA, e comunica haver o interesse de compradores na aquisição de determinada quantidade de combustível, com base nas demandas que lhes foram apresentadas pelas diversas empresas para as quais atua, de modo que seja realizada uma reserva de etanol para as distribuidoras. Reporta-se aos pedidos apresentados em setembro de 2014, referentes à aquisição de 300.000 litros de etanol, para retirada ainda no mês de setembro (doc. 18 de fls. 2.453/2.519);

- as distribuidoras então comunicam a cota que pretendem adquirir no respectivo período, repassando tal pedido ao representante comercial ou diretamente à usina. Realizada a reserva da cota, o representante comercial intermedia o pagamento entre as distribuidoras de combustível e produtor, mediante depósito bancário, transferência ou pagamento em dinheiro, informando à usina que parcela da cota reservada ou mesmo sua totalidade possui a distribuidora como destinatária;

- explica que esse é o motivo pelo qual os depósitos são realizados pela D2S para a Dasa. Informa que, a bem da verdade, aos serem realizados os depósitos deveriam constar neles como depositante a distribuidora adquirente do EHC, nada obstante, por falha humana no preenchimento das informações no envelope do depósito, uma parcela destes acaba identificando como depositante o representante comercial ou, ainda, a própria beneficiária;

- sustenta que tal cenário de intermediação do negócio de compra e venda de etanol também é motivo pelo qual a Autoridade Fiscal identificou depósitos de distribuidoras de combustíveis localizados em São Paulo e no Paraná realizados no Município de Nanuque/MG, pois se trata de localização do representante comercial;

- cita às fls. 249/250 exemplo de como se opera as vendas do etanol (doc. 18 de fls. 2.453/2.519);

- diz que, conforme se extrai do relatório em anexo (doc. 19 de fls. 2.521/2.558), apresenta o registro de todos os pedidos de EHC realizados, seu valor total, as notas fiscais relativas às operações e os respectivos pagamentos, ao que não prospera a alegação lançada no PTA de que não seria possível identificar a correspondência entre os comprovantes de pagamento apresentados pela Autuada e os valores inseridos nas notas fiscais autuadas;

- argui que a Fiscalização não buscou junto à empresa maiores esclarecimentos acerca da correspondência ente os comprovantes de pagamento apresentados e os valores inseridos nas notas fiscais.

Conclui que, comprovado pelos documentos apresentados, os pagamentos eram realizados para aquisição de EHC junto à empresa impugnante, por meio de aquisição de cotas pelas empresas distribuidoras, o que comumente ocorria via intermediação da corretora D2S, e que, posteriormente eram emitidas as notas fiscais de saída do EHC para atendimento às demandas das distribuidoras de combustíveis, resta desconstituída a alegação de que não é possível realizar a identificação dos pagamentos nas operações sob exame.

Assevera que resta também insubsistente a presunção de ocorrência de operações internas, haja vista que a documentação fiscal carreada aos autos identifica a aquisição de cotas e seu pagamento pelos comprovantes de depósito, a saída das mercadorias para atendimento aos compradores e seu recebimento comunicado junto ao sistema de controle da ANP;

- diz comprovar as operações por meio das “manifestações do destinatário eletrônicas”, transcritas às fls. 252/254 e colacionadas aos autos conforme doc. 15 de fls. 867/1.551;

- assevera que os documentos ora acostados aos autos, ainda que a Autuada já contasse com a garantia da boa-fé, na forma consolidada na jurisprudência pátria, para as operações com as empresas com situação cadastral regular, comprovam peremptoriamente, para além de qualquer dúvida, a efetiva realização do negócio jurídico entre as empresas e a idoneidade da documentação fiscal;

- fala que a Fiscalização não comprovou, em momento algum, a simulação de operações, apesar do seu dever probatório de desconstituir a presunção de boa-fé do contribuinte nas operações realizadas com empresa cuja situação era atestada como regular pelo próprio poder público, bem como a presunção de validade e veracidade dos documentos emitidos pelos órgãos das esferas federal e estadual, a Autoridade Fiscal se limitou a efetuar presunções em detrimento da empresa, não oferecendo qualquer prova concreta da suposta simulação das operações;

- acrescenta que as empresas destinatárias possuem contrato social devidamente registrado na Junta Comercial, com as respectivas alterações, além de alvará de funcionamento (doc. 08 a 13). E a ANP registrou o recebimento e o aceite das operações realizadas pela Impugnante durante todo o ano de 2014, conforme documentos em anexo (doc. 15);

- argui que, diante da documentação hábil a comprovar os fatos registrados, por ela apresentada, transfere-se ao Fisco o *onus probandi* no sentido de desconstituí-la, demonstrando a inveracidade dos fatos, por interpretação analógica do art. 26, parágrafo único do Decreto nº 7.575/11;

- assevera que as operações sob análise foram encerradas na modalidade FOB (conforme consta nas notas fiscais – frete por conta do destinatário - doc. 16 de 1.552/2.450.), segundo a qual a responsabilidade do embarcador termina no despacho das mercadorias;

- argumenta que não há qualquer disposição no ordenamento que obrigue a empresa perseguir o itinerário da mercadoria vendida, quando pactuado que o frete ocorreria à conta e risco do adquirente, como no presente caso;

- diz que tal Fiscalização é tarefa indelegável e inerente, justamente, ao poder de polícia da autoridade fiscal;

- sustenta que a multa exigida é excessiva, violando o princípio da razoabilidade, do não-confisco e do direito fundamental à propriedade.

São colacionados aos autos os documentos citados na impugnação (fls. 493/2.558).

Da reformulação do crédito tributário

A Fiscalização, acatando parcialmente as alegações da Defesa, reformula o crédito tributário conforme documentos de fls. 2.559/2.563, excluindo dele as notas fiscais objeto do PTA nº 01.001153533-20, nas quais consta como destinatário a empresa Pedevesa Distribuidora de Petróleo Ltda, sediada no Estado do Paraná.

É reaberta vista dos autos à Autuada (art. 120, §2º, do RPTA) que se manifesta às fls. 2.566/2.570, oportunidade em que ratifica os fundamentos constantes da impugnação, exceto em relação à duplicidade das exigências fiscais.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 2.572/2.578, aos seguintes argumentos:

- fala que a Impugnante apresentou duas questões preliminares. A primeira, sobre a ocorrência de autuação em duplicidade com um AI anterior efetuado pela Fiscalização, o que já foi sanado com a retirada destas notas fiscais em duplicidade relativas à empresa destinatária Pedevesa Distribuidora De Petróleo Ltda, apenas no mês de julho de 2014, conforme Termo de Rerratificação, datado de 19/08/19 (fls. 2.559/2.563), abrindo prazo para manifestação do Contribuinte, o qual pediu prosseguimento quanto às outras alegações de sua defesa;

- a segunda questão preliminar suscitada diz respeito a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário. Conforme toda jurisprudência e acórdãos elencados pela Impugnante, este direito está vinculado a uma ocorrência específica que se mostra no § 4º do art. 150 do CTN, qual seja, a comprovação da existência de dolo, fraude ou simulação. No caso, como se verá, esta situação é cristalina, pois a Autuada seguiu todos os procedimentos, exatamente ao contrário do que prega, para simular operações e tentar burlar a Fiscalização para pagamento a menor do imposto. Diz que até está de acordo com o artigo defendido pela Autuada, mas o que vale neste caso é a exceção citada no artigo retro, novamente frisando, quando se fala da ocorrência de dolo, fraude ou simulação;

- na discussão do mérito, ressalta que a Autuada ataca o Auto de Infração na sua forma, querendo afastar sua responsabilidade por meio de possível “brecha” no procedimento fiscal. Afirma que está se tratando de crime tributário que se encontra também em procedimento na Promotoria de Justiça de Minas Gerais em fase de conclusão;

- menciona que o argumento utilizado no sentido de que a empresa não poderia ser objeto de nova fiscalização, pois já fora anteriormente fiscalizada no mesmo período, é desmanchado pela Defesa, pois às fls. 225, no § 3º, a Impugnante descreve o objeto daquela primeira autuação que é bem específico, que eram “operações realizadas com a empresa PEDEVESA no período de julho de 2014”. No

presente AI, o objeto são todas as demais operações de venda do ano de 2014, não prosperando o intento da Defesa;

- diz que na sequência, a Autuada alega que a Fiscalização autuou a empresa por dois motivos: porque não foram identificados os reais pagadores das mercadorias e devido à situação das empresas se encontrarem inabilitadas ou canceladas à época da venda das mercadorias. E que a Autuada descreve todos os procedimentos que tomou para assegurar que as suas operações estariam seguras perante os Fiscos. Descreve as consultas a cadastros (SINTEGRA) estaduais, federais, agências de petróleo etc., mostrando assim sua boa-fé;

- sustenta que a boa-fé alegada pela Autuada poderia ter sido realmente praticada se ela tivesse seguido as recomendações do Ministério Público do Estado de Minas Gerais quanto às indústrias sucoalcooleiras (Recomendação CAOET nº 1 de 22/11/12), na qual são elencados diversos procedimentos para realmente assegurar que operações com venda de combustíveis se tornem seguras de fato. O conhecimento por parte do mercado, dos órgãos de fiscalização e do judiciário sobre as fraudes neste setor levaram ao Ministério Público a fazer esta recomendação com divulgação e participação de todos os envolvidos. Às fls. 2.576/2.577 dos autos são destacados trechos deste parecer;

- reporta-se à fala da Impugnante no sentido de que “parava de emitir nota fiscal quando determinada empresa aparecia nos sistemas como bloqueada ou cancelada”, dizendo que isso demonstra claramente o procedimento de simulação, pois este é o roteiro que as empresas sonegadoras seguem. Vão criando empresas que não existem de fato, em sequência para continuar seu intento fraudulento, mas entende que isso é uma discussão acessória neste caso. Apesar de demonstrar a situação de algumas empresas destinatárias, claramente provado que nunca existiram de fato, o que poderia ser suficiente para comprovar a fraude, este Auto Infração apenas fez uma contextualização do ocorrido. Fala que o que se tem de mais cristalino é a simulação quanto aos pagamentos das mercadorias, o que restará demonstrado e rebatido a seguir;

- quanto aos supostos pagamentos, reporta-se à fala da Impugnante no sentido de que “*por ter a fiscalização afirmado que não foi provada a operação de venda da mercadoria para aqueles destinatários, ela poderia pedir a restituição do imposto pago a menor na operação*”, para dizer que a Autuada está se confundindo em suas argumentações. A fraude está em, para quem a empresa vendeu, e não se ela vendeu. O dinheiro entrou no caixa ou também foi simulado? A seguir, tenta-se descrever como foram feitos os pagamentos e o porquê da utilização de uma empresa corretora de combustíveis. Diz que alega a Impugnante desconhecimento por parte da fiscalização deste mercado de combustíveis e considerando uma “falha humana” o erro no preenchimento dos envelopes de depósito;

- fala que os argumentos da Impugnante, neste item, parecem pueris, primeiramente, achar que a discriminação em um envelope pode afastar ou desfazer a simulação, que é não demonstrar o real pagador das mercadorias. Quanto à *expertise* que teria a corretora em questão sobre o mercado, talvez o proprietário desta pudesse passar as informações para a empresa vendedora (DASA), ainda mais ele sendo titular ou proprietário de ambas. Talvez por isso, esta corretora gozava de total confiança da

Autuada, pois é a primeira vez que vê uma intermediadora de mercadoria receber o total dos valores destas vendas aos destinatários (R\$ 27.000.000,00 - vinte e sete milhões de reais) para posteriormente repassar estes valores à vendedora. Destaca que esperava que a Impugnante apresentasse até os depósitos feitos pelos clientes na conta da tal corretora, mas sabe ela que nem isto bastaria, se existissem estes depósitos, pois tem uma venda direta da DASA com emissão de sua nota fiscal diretamente para os destinatários e a corretora (D2S) é uma ficção neste negócio jurídico;

- no tocante à argumentação da Autuada quanto a sua boa-fé, com a apresentação de documentação das empresas destinatárias e utilização do transporte FOB, diz que isso nada mais é do que a continuação dos procedimentos para tentar se livrar de suas responsabilidades, que são antagônicos àqueles recomendados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais;

- quanto à discussão sobre valoração das multas, assevera que não cabe discutir neste momento, sendo ela prevista na legislação tributária deste estado, não competindo ao órgão julgador administrativo negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA.

Ao final, propugna pela continuidade do feito fiscal, com a correção feita no questionamento preliminar no que tange à duplicidade na inclusão de notas fiscais do mês de julho de 2014.

Do Despacho Interlocutório exarado pela Assessoria do CCMG

A Assessora do CCMG exara o despacho interlocutório de fls. 2.582, aos seguintes termos:

Interlocutório

Considerando o despacho interlocutório exarado pela 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, na Sessão de Julgamento realizada aos 11/09/19, em relação ao PTA nº 01.001245140-63, de mesma sujeição passiva e irregularidade dos presentes autos, ressaltando-se as peculiaridades de cada lançamento.

Esta Assessoria do CC/MG, no exercício da competência estatuída nos arts. 146 e 147, ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, decide exarar Despacho Interlocutório para que o Sujeito Passivo cumpra o abaixo solicitado no prazo 30 (trinta) dias, consoante o que estabelece a Deliberação nº 04/08 do Conselho Pleno do CCMG, em face da complexidade das informações solicitadas:

1 – *“faça comprovação do negócio jurídico constante das notas fiscais autuadas, trazendo elementos de provas, tais como comprovação de pagamento dos produtos pelo destinatário e do efetivo transporte e entrega da mercadoria no estado de destino”*, bem como outras

comprovações que entender pertinentes em razão das peculiaridades deste lançamento.

Em seguida, vista à Fiscalização que deverá manifestar-se sobre a documentação que venha a ser acostada aos autos.

Dos Esclarecimentos da Impugnante

A Impugnante comparece às fls. 2.585/2.600 dos autos, oportunidade em que repete os argumentos anteriores.

Na oportunidade, são colacionados aos autos os documentos constantes do Anexos 02 e 03 de fls. 2.605/2.607, tipo aqueles já mencionados na impugnação.

Acrescenta que ainda que se entendesse pela irregularidade de quaisquer das operações aqui discriminadas, não prosperaria a exigência realizada pelo Fisco Estadual, haja vista que caso venha a prosperar a presunção de que as operações foram simuladas e que, portanto, devem ser consideradas internas, a alíquota aplicável seria no percentual de 12% (doze por cento), nos termos do disposto no art. 42, inciso I, alínea “b”, item “b.49), do RICMS/02 (vigente de 27/03/08 a 31/12/18), equivalente à alíquota interestadual (art. 42, inciso II, alínea “c”, do referido regulamento).

Requeru a Impugnante prazo suplementar de 60 (sessenta) dias para conclusão do levantamento e organização dos documentos exigidos por este Conselho de Contribuintes, tendo em vista a vastidão de documentos que deverão ser apresentados para comprovar a regularidade da totalidade das operações realizadas junto às distribuidoras de combustíveis, o que diz já restar demonstrado com a juntada de mais de 1.000 (um mil) arquivos.

Da manifestação fiscal após o cumprimento do despacho interlocutório

A Fiscalização manifesta-se as fls. 2.611/2.614. Requer, ao final, a procedência do feito fiscal.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 2.618/2.648, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, opina por não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período de janeiro a maio de 2014 e pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 2.559/2.563.

Em sessão realizada em 17/09/20, nos termos da Deliberação nº 03/2016 do Conselho Pleno do CCMG e conforme decisão proferida na sessão do dia 02/09/20, o processo foi retirado de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 30/09/20.

Em sessão realizada em 30/09/20, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir a solicitação do procurador da Autuada para retirada do processo de pauta para julgamento em sessão presencial, nos termos do art. 8º da Portaria CCMG nº 03/2020, uma vez que não foi apresentado nenhum elemento que pudesse impedir ou justificar a não realização do julgamento virtual que, por sua vez, permite a plena e completa exposição de motivos e a perfeita análise dos autos por parte dos conselheiros. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 07/10/20, em razão da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

necessidade da análise da solicitação de juntada de documentos encaminhados ao CCMG via e-mail no final da tarde do dia 29/09/20 e protocolado sob o nº 20.166.

Em sessão realizada em 07/10/20, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 14/10/20.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Alega a Defesa nulidade parcial do presente lançamento, tendo em vista que as exigências fiscais referentes às notas fiscais que têm como destinatária a empresa Pedvesa Distribuidora de Petróleo Ltda constam do PTA de nº 01.001153533-20 de mesma sujeição passiva dos presentes autos.

Contudo, referida alegação restou superada, uma vez que a Fiscalização reformulou o presente PTA excluindo dele as operações objeto do PTA nº 01.001153533-20 (conforme fls. 2.559/2.563).

Registra-se que à Autuada foi cientificada da referida alteração do crédito tributário (art. 120, §2º, do RPTA) e se manifestou nos presentes autos.

Portanto, não há mais que se falar em duplicidade de exigências fiscais.

Acresça-se que o presente Auto de Infração contém todos os elementos fundamentais para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. O lançamento encontra-se devidamente instruído, e todos os requisitos necessários para efetivá-lo foram observados, formais e materiais, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Impugnante compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório. Não é o fato de a Impugnante discordar das infringências que lhes são imputadas que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

Diante do exposto, rejeita-se a prefacial arguida.

Do Mérito

Conforme relato anterior, a autuação versa sobre a acusação fiscal de que a Autuada promoveu a saída de etanol hidratado combustível – EHC com destino a empresas sediadas em outra unidade da Federação, no período de 01/01/14 a 31/12/14,

sem a comprovação da efetiva saída das mercadorias do território mineiro, hipótese em que se presume interna a operação, conforme dispõe o art. 33, §7º, da Lei nº 6.763/75.

Exige-se o ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna de 19% (dezenove por cento) e a destacada nas notas fiscais, no percentual de 12% (doze por cento), Multas de Revalidação e Isolada capituladas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XLV, ambos da Lei nº 6.763/75.

Como informa a Autuada, ela é pessoa jurídica de direito privado que se dedica à industrialização de cana de açúcar para fabricação de álcool.

De início, destaca-se que não procede a alegação da Defesa de ocorrência da decadência parcial do crédito tributário exigido (*fatos geradores que ocorreram até maio de 2014*) do direito de a Fiscalização constituir o crédito tributário, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que a ressalva contida no citado § 4º deixa clara a sua inaplicabilidade na ocorrência de simulação como no caso e exame, como se constata nos presentes autos:

Art. 150. (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2014, somente expirou em 01/01/20, nos termos do inciso I, do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 03/06/19 (fls. 05).

Também não há que se falar em proibição de emissão do presente AI, por ter a Fiscalização efetuado anteriormente o Auto de Infração referente ao PTA nº 01.001153533-20 e não ter apresentado discordância em relação às demais operações, pois nada impede que na mesma ação fiscal sejam emitidos mais de um Auto de Infração, como ocorreu no caso em exame.

Regista-se, por oportuno, que ao atender o despacho interlocutório em 27/12/19, a Impugnante requereu prazo suplementar de 60 (sessenta) dias para conclusão do levantamento e organização dos documentos solicitados pela Assessoria do CCMG, alegando que teria que separar um vastidão de documentos que deverão ser apresentados para comprovar a regularidade da totalidade das operações realizadas junto às distribuidoras de combustíveis, o que diz já restar demonstrado com a juntada de mais de 1.000 (um mil) arquivos.

Contudo, constata-se que a intimação da Fiscalização para apresentação da referida documentação data de 18/09/19 (fls. 40) e a manifestação fiscal posterior ao pleito retro deu-se em 02/03/20 e não se tem notícias nos autos que a Autuada apresentou qualquer documentação além daqueles já colacionados aos autos. Ressalta-se também que a documentação colacionada pela Defesa nos autos dos 02 (dois) PTAs

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em discussão neste Conselho de Contribuintes, por amostragem (conforme se depreende da fala da Autuada), já permite se chegar à convicção se resta ou não comprovada a saída da mercadoria do território mineiro com destino a outro estado.

Assim, *data máxima vênia*, para o deslinde da contenda que se apresenta, prescinde da juntada de mais documentos com o mesmo conteúdo dos que já foram colacionados aos autos pela Defesa.

Ademais, deixou consignado a Fiscalização:

Finalmente, a autuada pleiteia nova abertura de prazo para juntada de documentos. Como já anexou estes documentos (físicos) na primeira manifestação e os enviou novamente em arquivo nesta, parece ser apenas mais um pedido protelatório do julgamento os Autos Infração. Reitero que essa documentação foi verificada exaustivamente na íntegra, compondo-se basicamente de comunicados internos da empresa e levantamentos de cadastros. Naquilo que se torna efetivo para comprovação de suas operações, que seriam os pagamentos feitos pelos reais destinatários, a empresa só fez prova contra si.

Consta do relatório fiscal de fls. 06/09, que a Fiscalização intimou a Autuada para que ela apresentasse todos os comprovantes de pagamentos relativos às vendas interestaduais de Etanol Hidratado Combustível – EHC referentes ao exercício de 2014.

Relata a Fiscalização que, analisando os comprovantes de pagamentos enviados pela Autuada (fls. 42/196) constatou que 100% (cem por cento) dos pagamentos realizados pelas grandes distribuidoras (Petrobras e Ipiranga) foram efetuados por meio de Transferências Bancárias Eletrônicas (TED), o que permite identificar o real pagador da aquisição. E, diferentemente, com relação às empresas distribuidoras de menor porte, foram encontradas as seguintes situações, conforme detalhado também no relatório contido no Anexo 3 de fls. 197/201.

- depósito “em dinheiro” tendo como remetente a empresa “DS2”, sendo que as contas das duas empresas “Dasa” e “DS2” são na mesma agência do Bradesco em Nanuque - MG. A empresa D2S pertence ao ex-diretor - vice presidente da “Dasa”;
- depósito “em dinheiro” em nome das empresas distribuidoras do Paraná, mas também, realizados na própria agência do Bradesco em Nanuque - MG. Estes depósitos, por serem em dinheiro, não permitem precisar o depositante de fato, pois a informação de um CNPJ no momento do depósito é de responsabilidade de uma pessoa física e, esta, não é possível de ser averiguada;
- depósitos “em dinheiro” pela própria empresa Dasa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- transferências bancárias efetuadas pela própria empresa “DS2”;
- transferências entre contas.

Ressalta a Fiscalização que, conforme “Quadro Resumo” dos depósitos bancários (Anexo 3) foram identificados cerca de R\$ 27.000.000,00 (vinte e sete milhões de reais) de depósitos “em dinheiro” na conta da “Dasa” que não possuem correspondência com suas vendas. Mais precisamente, as notas fiscais emitidas para estas empresas não possuem pagamentos correspondentes, mas simples informação em seus controles internos ou indicativo nos comprovantes de depósitos (obs.: aposto a lápis ou a caneta), o que não comprova o real depositante.

Também consta do relatório fiscal as seguintes informações sobre dois dos destinatários constantes das notas fiscais objeto das exigências fiscais, após a reformulação do crédito tributário (Anexo 4 de fls. 202/207):

- Santarém Distribuidora de Petróleo Ltda: não habilitada desde 05/2016 e cancelada desde 05/2016 - motivo: localização desconhecida;
- Arogás Comércio de Combustíveis Ltda: não habilitada desde 06/2014 e cancelada desde 06/2014 - motivo: inexistente de fato.

No tocante às demais empresas destinatárias constantes das notas fiscais, Monte Cabral Distribuidora de Combustíveis Ltda e Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda, sediadas no estado de São Paulo, assevera a Impugnante que a Fiscalização não realizou qualquer alegação acerca da regularidade da habilitação das citadas empresas, mas comprova a Impugnante que elas se encontravam regulares perante o Sintegra, conforme consultas Sintegra de fls. 233 e 234 (docs. 10 e 11 de fls. 614/742).

Conforme Consulta ao Sintegra do Estado de São Paulo, constata-se que a empresa Monte Cabral Distribuidora de Combustíveis Ltda consta com *status* de “inapto” tendo em vista a ocorrência fiscal de “cassada por simulação de realização de operação com combustíveis ou solventes”. Confira-se:

Código de controle da consulta: ba963a15-fb25-4d37-8b4b-bc68395a5512

Estabelecimento	
IE: 399.032.826.110	
CNPJ: 04.138.529/0010-18	
Nome Empresarial: MONTE CABRAL DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIVEIS LTDA	
Nome Fantasia: PRIME COMBUSTIVEIS	
Natureza Jurídica: Sociedade Empresária Limitada	

Endereço	
Logradouro: RUA BRASIL ALTO FURQUINI	
Nº: 401	Complemento: QUADRA B SALA 06
CEP: 14.690-000	Bairro: DISTRITO INDUSTRIAL
Município: JARDINOPOLIS	UF: SP

Informações Complementares	
Situação Cadastral: Inapto	Data Início de Inatividade: 19/09/2015
Ocorrência Fiscal: Cassada por simulação de realização de operação com combustíveis ou solventes	Data da Situação Cadastral: 04/09/2019
Regime de Apuração: NORMAL - REGIME PERIÓDICO DE APURAÇÃO	Posto Fiscal: PF-10 - RIBEIRÃO PRETO
Atividade Econômica: Comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, não realizado por transportador retalhista (TRR)	

[Voltar](#)

Observação: Os dados acima estão baseados em informações fornecidas pelos próprios contribuintes cadastrados. Não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de direito, não são oponíveis à Fazenda e nem excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com eles ajustadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já a empresa Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda encontra-se com *status* de “ativa” no Sintegra:

Código de controle da consulta: f4bd60ff-421f-4ddf-ae7a-0a28d4aa09f1

Estabelecimento	
IE: 513.460.055.115	
CNPJ: 07.135.653/0002-08	
Nome Empresarial: GRAN PETRO DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIVEIS LTDA	
Nome Fantasia:	
Natureza Jurídica: Sociedade Empresária Limitada	

Endereço	
Logradouro: AVENIDA ESTOCOLMO	Complemento: SALA 36
Nº: 1438	Bairro: CASCATA
CEP: 13.146-067	UF: SP
Município: PAULÍNIA	

Informações Complementares	
Situação Cadastral: Ativo	Data da Situação Cadastral: 07/01/2008
Ocorrência Fiscal: Ativa	Posto Fiscal: PF-10 - CAMPINAS
Regime de Apuração: NORMAL - REGIME PERIÓDICO DE APURAÇÃO	
Atividade Econômica: Comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, não realizado por transportador retalhista (TRR)	

Informações NF-e	
Data de Credenciamento como emissor de NF-e: 16/05/2008	
Indicador de Obrigatoriedade de NF-e: Obrigatoriedade Total	
Data de Início da Obrigatoriedade de NF-e: 01/04/2010	

Consta ainda do relatório fiscal destaque da Fiscalização no sentido de que que, além da não comprovação de pagamentos das operações, cerca de 75% (setenta e cinco por cento) das vendas realizadas pela Autuada, excluídas aquelas para grandes distribuidoras, foram para empresas que comprovadamente foram constituídas para simulação de operações.

Verifica-se, pois, que a acusação fiscal é de que não houve comprovação da efetiva saída da mercadoria do território mineiro, hipótese em que se presume interna a operação, conforme dispõe o art. 33, §7º, da Lei nº 6.763/75:

Art. 33. O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 7º Presume-se interna a operação, quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território mineiro com destino a outro Estado ou ao Distrito Federal ou a sua efetiva exportação, salvo nos casos de venda à ordem ou remessa para depósito nos quais a mercadoria deva ser entregue a estabelecimento situado no Estado.

Como se verá, a documentação trazida aos autos pela Defesa, mesmo após o despacho interlocutório exarado pela Assessoria do CCMG, efetivamente não comprova a entrega da mercadoria para os destinatários constantes das notas fiscais autuadas, sediados em outras unidades da Federação (UF).

Importante destacar que, no caso em análise, por se tratar de supostas remessas de mercadorias para outra UF, caberia à Autuada apresentar a comprovação do efetivo transporte de tais mercadorias para aquele estado, o que não ocorreu em relação aos documentos fiscais autuados, conforme se verá.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corroborando o entendimento da Fiscalização, a decisão do STJ, no julgamento do Recurso Especial 37.033/SP, de Relatoria do Ministro Ari Pargendler, na qual restou consignado que a cláusula FOB opera entre as partes, exonerando o vendedor da responsabilidade da entrega da mercadoria ao destinatário, nada valendo perante o Fisco (CTN, art. 123), que só homologa o pagamento do ICMS pela alíquota interestadual se a mercadoria for entregue no estabelecimento do destinatário em outra unidade da Federação. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DESCARACTERIZAÇÃO. CLÁUSULA FOB. A CLÁUSULA FOB OPERA ENTRE AS PARTES, EXONERANDO O VENDEDOR DA RESPONSABILIDADE DA ENTREGA DA MERCADORIA AO DESTINATÁRIO, NADA VALENDO PERANTE O FISCO (CTN, ART. 123), QUE SÓ HOMOLOGA O PAGAMENTO DO ICMS PELA ALÍQUOTA INTERESTADUAL SE A MERCADORIA FOR ENTREGUE NO ESTABELECIMENTO DO DESTINATÁRIO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO; NÃO É A NOTA FISCAL QUE DEFINE UMA OPERAÇÃO COMO INTERESTADUAL, MAS A TRANSFERÊNCIA FÍSICA DA MERCADORIA DE UM ESTADO PARA OUTRO, EMBARGOS DECLARAÇÃO REJEITADOS. (GRIFOS ACRESCIDOS).

Do voto do relator, destaca-se a seguinte passagem: "É preciso que isso fique bem claro: o que define a operação interestadual não é a nota fiscal, mas a transferência física da mercadoria de um Estado para outro. À mingua da transferência, a operação é interna".

Esse entendimento já é consolidado na jurisprudência. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DESCARACTERIZAÇÃO. CLÁUSULA FOB. A CLÁUSULA FOB OPERA ENTRE AS PARTES, EXONERANDO O VENDEDOR DA RESPONSABILIDADE PELA ENTREGA DA MERCADORIA AO DESTINATÁRIO, NADA VALENDO PERANTE O FISCO (CTN, ART. 123), QUE SÓ HOMOLOGA O PAGAMENTO DO ICMS PELA ALÍQUOTA INTERESTADUAL SE A MERCADORIA FOR ENTREGUE NO ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO EM OUTRA UNIDADE DA OPERAÇÃO; NÃO É A NOTA FISCAL QUE DEFINE UMA OPERAÇÃO COMO INTERESTADUAL, MAS A TRANSFERÊNCIA FÍSICA DA MERCADORIA DE UM ESTADO PARA OUTRO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO". (RESP Nº 37.033/SP, RELATOR: MINISTRO PEÇANHA MARTINS, PUBLICADO NO DJU DE 31.08.98). NO MESMO SENTIDO O RESP Nº 37.033/SP E O RESP Nº 886695/MG. (GRIFOS ACRESCIDOS).

Cumprido destacar, que além do enquadramento simples e claro dos fatos à norma tributária, o que se observa é um bem engendrado esquema fraudulento com constituição de empresa supostamente para intermediar as vendas em operação interestadual, visando ludibriar o Fisco, também o Poder Judiciário e o Ministério Público, em relação à efetivação dos pagamentos das operações pelos supostos

destinatários constantes das notas fiscais, com o objetivo de sonegar parte do ICMS devido nas operações, o que se encontra amplamente demonstrado nos autos.

Em sua defesa, a Autuada apresentou argumentos, decisões judiciais e documentos relativos à situação cadastral das empresas destinatárias focando basicamente no argumento de que não sabia e não poderia saber acerca da futura inabilitação das empresas destinatárias perante o Fisco dos estados de São Paulo e do Paraná, tendo agido de boa-fé e tomado todas as precauções necessárias para a realização das operações.

Contudo, mesmo sendo o cerne da questão, a Autuada não comprovou a efetiva saída das mercadorias do território mineiro.

Apenas alegou, em síntese, a sua boa-fé, dizendo ter tomado “todas as precauções necessárias”. Na visão da empresa, “todas as precauções necessárias” significam, na verdade, apenas uma: consulta ao cadastro Sintegra, Receita Federal e ANP para verificação da situação cadastral dos destinatários, reporta-se também à adoção do frete na modalidade “FOB”. Quanto à comprovação dos pagamentos das operações, informa que as vendas eram recebidas por meio da suposta empresa intermediadora que lhe repassava o dinheiro, tratando-se esta de uma empresa que tinha como sócio e responsável o Senhor D Orli Santos Schiochet, também sócio e presidente do conselho da empresa DASA como ressaltado pela Fiscalização.

Ressalta-se, que a ausência de maiores precauções era convenientemente útil à Autuada para continuar fomentando um mercado milionário de venda de álcool com sonegação tributária.

A alegada boa-fé não esteve presente em nenhum momento na realização das operações objeto do presente lançamento, conforme apresentado a seguir.

Inicialmente, foi divulgado com ciência também pela Autuada, do documento elaborado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, denominado Recomendação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Ordem Econômica e Tributária - CAOET nº 1 de 22/11/12, direcionado à Associação das Indústrias Sucreenergéticas de Minas Gerais (citado pela Fiscalização às fls. 2.576/2.577).

Ressalta-se que esse documento foi elaborado com a finalidade de divulgar e evitar operações com empresas “de fachada”, cuja função é “tão somente figurar como adquirente da mercadoria para dar ares de legalidade ao negócio jurídico realizado”, inclusive com a simulação dos pagamentos, como se verifica no caso dos presentes autos.

O remetente, principalmente aquele que opera no ramo de combustíveis, tem no mínimo, a obrigação conhecer o seu cliente com mais profundidade, sob pena de ser inserido no rol daqueles “tolerantes ao esquema” ou, no mínimo, “ser veículo da prática de ilícitos intentados pelo futuro cliente”, conforme frisado nessa Recomendação Técnica CAOET-MP, da qual, dentre as diversas constatações e orientações apresentadas, cita-se:

“(…) o atual nível de sonegação fiscal verificado no mercado de combustíveis, em especial no tocante à comercialização do etanol”;

“(…) o quantitativo de autuações fiscais lavradas pela fiscalização tributária do Estado de Minas Gerais em face de transportadores e postos revendedores de combustíveis, notadamente em razão da percepção do consumo interno de combustível formalmente destinado a outro Estado”;

“(…) a recorrência de transações envolvendo usinas alcooleiras locais e destinatários localizados fora do território mineiro, por meio das quais empresas distribuidoras e/ou indústrias simulam a condição de reais destinatários de álcool traficado”;

“(…) as reiteradas operações simuladas identificadas pelo fisco mineiro travaram-se invariavelmente junto às mesmas usinas, gerando suspeitas de que estas sejam tolerantes ao esquema”;

“(…) a simples consulta ao catálogo SINTEGRA não tem o condão de eximir de responsabilidade o vendedor da mercadoria, mostrando-se providência insuficiente à plena aferição de idoneidade e de existência de fato do adquirente do combustível”;

“(…) a responsabilidade solidária pelas práticas em evidência, mesmo nas hipóteses de estipulação da cláusula FOB (*Free on Board*), pode ser atribuída às usinas alcooleiras em caso de comprovada culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*”;

“(…) a expansão da atual tendência corporativa ‘conheça seu cliente’ (*know your customer*), disseminada em âmbito mundial, consiste em estratégias e medidas direcionadas a registrar o maior número de informações acerca do candidato a contratante, aprovando-o ou recusando-o, ao final do processo de verificação dos dados cadastrais requisitados, de forma a reduzir a possibilidade de que a contratada seja, inadvertidamente, veículo da prática de ilícitos intentados pelo futuro cliente”.

Destaca-se, que esse documento foi amplamente divulgado em 2012, antes da emissão das notas fiscais autuadas, para todas as usinas de álcool do estado de Minas Gerais, inclusive para a Impugnante.

Verifica-se que a Autuada tinha conhecimento de fraudes envolvendo empresas supostamente estabelecidas em outros estados, inclusive com orientação expressa para tomar cuidados mínimos tendentes a confirmar a existência de fato dos destinatários, bem como de comprovar inequivocamente a ocorrência do negócio jurídico.

É óbvio que em nenhum momento a empresa se dispôs a tomar medidas assecuratórias para evitar a evasão tributária, apesar de estar ciente da ocorrência sistemática das fraudes.

Acerca das consultas ao Cadastro Sintegra, utilizadas pela Impugnante em sua defesa, e tratadas como definitivas no sentido de propiciar a certeza sobre a regularidade da empresa consultada, a seguir apresenta-se a fragilidade desse argumento. Nas cópias de Consultas ao Cadastro Público do estado do Paraná e de São Paulo (estados supostamente destinatários das operações objeto deste Auto de Infração) de fls. 569/584, por exemplo, existe uma observação em destaque informando que os dados da consulta *“estão baseados em informações do próprio contribuinte cadastrado e não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de direito, não são oponíveis à Fazenda Pública e nem excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com ele ajustadas.”*

A observação é mais um alerta, indicando a necessidade de outras verificações além da simples consulta ao Cadastro Sintegra.

A Autuada não somente ignorou as recomendações do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para o setor, como insistiu na emissão de várias notas fiscais, baseando-se de forma conveniente na Consulta aos Cadastros Sintegra, da Receita Federal e da ANP, na aposição da modalidade “FOB” de transporte nas notas fiscais e no suposto recebimento das operações por meio de terceira empresa e em vultosos valores em dinheiro.

A empresa se beneficiou dessa prática, na medida em que uma parte significativa do seu faturamento no período verificado adveio das operações fraudulentas.

À época dos fatos da autuação, a alíquota interna de ICMS incidente nas saídas de álcool era de 19% (dezenove por cento) nas saídas para o consumidor final. Nas saídas para os estados do Paraná e de São Paulo a alíquota seria 12% (doze por cento) e não haveria o recolhimento do ICMS/ST por serem as supostas destinatárias contribuintes substituto tributário.

Com a finalidade de burlar a Fiscalização e sonegar a diferença de 7% (sete por cento) entre as alíquotas, emitiu as notas fiscais com carga tributária menor que a devida.

Assim, com a simulação da operação interestadual ficava a expectativa de que a diferença da tributação seria recolhida no estado de localização da empresa destinatária. Obviamente, como se trata de empresas destinatárias coniventes com a prática de sonegação fiscal, como verificado pelos Fiscos dos supostos destinos que vieram a desabilitar as referidas empresas, tal recolhimento nunca acontecia.

Ressalva-se, neste ponto, em relação à empresa Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda. Contudo, não obstante ela se encontrar com *status* de “ativa” no Sintegra, não se verificou comprovação de que as operações constantes das notas fiscais foram com ela realizadas, quer seja pelo pagamento, ou pela comprovação da entrega da mercadoria no estado de destino.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Percebe-se que uma das “estratégias” da Autuada, em relação às empresas que vieram a ser inabilitadas, era emitir notas fiscais até que as destinatárias tivessem a I.E. cancelada.

Cita-se, por exemplo, a suposta empresa destinatária Arogás Comércio de Combustíveis Ltda: não habilitada desde 06/2014 e cancelada desde 06/2014 - motivo: inexistência de fato.

Com isso, a Autuada poderia continuar a emissão de notas fiscais em nome das citadas empresas, fundamentando as emissões unicamente em consultas ao Cadastro Sintegra e nos demais cadastros citados, até que a Fiscalização do estado de destino conseguisse cancelar o cadastro, passando tal informação a constar no Cadastro Sintegra.

Imediatamente a Autuada cessou as emissões de notas fiscais para aquela empresa inabilitada, como no exemplo dado, alegando em sua defesa que isso demonstra sua boa-fé, pois o sistema sequer permite a emissão de documento fiscal quando a empresa destinatária encontra-se inabilitada.

Conforme consta dos autos, os supostos pagamentos das operações objeto dos autos ocorriam sempre por meios não convencionais, seja por transferência de conta de terceiro ou por depósito em dinheiro diretamente na conta da DASA (Autuada). Tais pagamentos, conforme alegado pela Defesa, eram, em sua maioria, controlados por empresa que, conforme afirma a Fiscalização, tinha como sócio-administrador o diretor vice-presidente da Autuada e acionista (vide fls. 277, 283 e 288 dos autos) o Sr. D Orli Santos Schiochet:

```
PAG.: 1 / 1
CNPJ : 10.866.959/0001-68
N.E.: D2S REPRESENTACOES LTDA

CPF RESP EMPRESA: 832.699.242-91          CAPITAL SOCIAL : 80.000,00
NOME RESPONSAVEL: D ORLI SANTOS SCHIOCHET

CPF/CNPJ          NOME/NOME EMPRESARIAL DO SOCIO
QUALIFICACAO     FONTE/DATA DO EVENTO
_ 832.699.242-91  D ORLI SANTOS SCHIOCHET

49 - SOCIO-ADMINIST FONTE: QSA          INCLUIDO: 02/06/2009  ULT. ALT: 18/03/2015
_ 029.711.139-65   DJERLANEA SANTOS SCHIOCHET

22 - SOCIO          FONTE: QSA          INCLUIDO: 18/03/2015
```

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

The screenshot shows a web browser window with the URL servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/cnpjreva/Cnpjreva_qsa.asp. The page title is "COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL". The main content area displays the following information:

CNPJ:	10.866.959/0001-68
NOME EMPRESARIAL:	D2S REPRESENTACOES LTDA
CAPITAL SOCIAL:	R\$80.000,00 (Oitenta mil reais)

O Quadro de Sócios e Administradores(QSA) constante da base de dados do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) é o seguinte:

Nome/Nome Empresarial:	D ORLI SANTOS SCHIOCHET
Qualificação:	49-Sócio-Administrador

Nome/Nome Empresarial:	DJERLANEA SANTOS SCHIOCHET
Qualificação:	22-Sócio

Obviamente, no contexto que se insere a situação narrada nos presentes autos, as comprovações dos pagamentos somente poderiam favorecer a tese da Defesa se nelas estivessem perfeitamente identificados os responsáveis pelos pagamentos e estes fossem os destinatários consignados nos campos “destinatário” das notas fiscais, o que não se constata no presente caso.

Nesse diapasão, traz-se à colação a análise da Fiscalização em relação a essas supostas comprovações dos pagamentos das operações:

(...)

No item II.2.4, quanto aos pagamentos, a impugnante primeiramente argumenta que, por ter a fiscalização afirmado que não foi provada a operação de venda da mercadoria para aqueles destinatários, ela poderia pedir a restituição do imposto pago a menor na operação. Acho que a autuada está se confundindo em suas argumentações. A fraude está em, para quem a empresa vendeu, e não se ela vendeu. O dinheiro entrou no caixa ou também foi simulado? A seguir, tenta-se descrever como foram feitos os pagamentos e porquê da utilização de uma empresa corretora de combustíveis. Alega desconhecimento por parte da fiscalização deste mercado de combustíveis e considerando uma “falha humana” o erro no preenchimento dos envelopes de depósito.

Os argumentos da impugnante, neste item, me parecem pueris. Primeiramente, achar que a discriminação em um envelope pode afastar ou desfazer a simulação, que é não demonstrar o real pagador das mercadorias. Quanto à expertise que teria a corretora em questão sobre o mercado, talvez o proprietário desta pudesse passar as informações para

a empresa vendedora (DASA), ainda mais ele sendo titular ou proprietário de ambas. Talvez por isso, esta corretora gozava de total confiança da autuada, pois é a primeira vez que vejo uma intermediadora de mercadoria receber o total dos valores destas vendas aos destinatários (vinte e sete milhões de reais) para posteriormente repassar estes valores à vendedora. Depois de tanta argumentação esperava que a impugnante apresentasse até os depósitos feitos pelos clientes na conta da tal corretora, mas sabe ela que nem isto bastaria, se existissem estes depósitos, pois temos uma venda direta da DASA com emissão de sua nota fiscal diretamente para os destinatários e a corretora, D2S, é uma ficção neste negócio jurídico.

(...)

Ainda no tocante à suposta intermediação, vale destacar o que se segue.

Segundo Plácido e Silva (Vocabulo Jurídico, 17ª edição - Forense - RJ/2000 - pág. 45), agenciador é:

"A pessoa que agencia ou encaminha negócios para outras. É, desse modo, a pessoa que trabalha a comissão ou percentagem sobre as vendas realizadas ou sobre os negócios encaminhados. (...) Num conceito genérico, agenciador é sempre um procurador de negócios alheios, (...) o agenciador pode apresentar-se como um ligador de negócios, pondo em contato as partes interessadas para que se ajustem, conforme seus interesses, sem que, no entanto, se livre a parte que o incumbiu dessa procura de lhe pagar a devida comissão. Pode receber, nestas condições, o nome de intermediário de negócios." Assim sendo, infere-se que o "agenciador" ou mesmo o "medianeiro" (vocábulo este empregado no mesmo sentido de "intermediário") tem a função de simplesmente aproximar os interessados para a realização do negócio, não intervindo mais depois que o negócio está encaminhado entre os que o vão realizar pessoalmente". (Grifos acrescidos).

Por sua vez, a então SLT, por meio da resposta à Consulta de Contribuinte nº 85/95, manifesta o seguinte entendimento sobre a intermediação:

"A mediação consiste na aproximação dos interessados pelo medianeiro (corretor, intermediário) para que aqueles realizem o negócio ou façam o contrato e se tem por cumprida quando as partes que desejam contratar concluem o negócio. Assim, a função do medianeiro, simples intermediário, limita-se a aproximar os clientes, a provocar o seu ajuste, mas sem se responsabilizar para com nenhum e, como não pratica ato de gestão, não tem constas a prestar. Desta forma, deve permanecer à margem do contrato, sem

representar quem quer que seja, uma vez que sua intervenção é simplesmente pré-contratual, isto é, aceita o encargo da mediação, transmite-o aos interessados, inteira-se da contraproposta, aproxima as partes, fá-las acordar no negócio e se retira." (Grifos acrescidos).

No caso dos autos, acresça-se que a empresa D2S suposta intermediadora das vendas interestaduais, ora questionadas, não agiu como tal, ou seja, não se limitou a aproximar os clientes, não permaneceu à margem das transações mercantis, o que fica evidenciado, pois o que se verifica é que sua participação dos negócios efetuados ela Autuada era o de não deixar aparecer o real pagador das vendas das mercadorias, sob o pretexto de que referida empresa intermediava as vendas com os supostos destinatários localizados em outras UFs.

Contudo, o que restou demonstrado nestes autos é a ocorrência de operações simuladas, operações interestaduais, visando suprimir parcela do imposto devido ao Erário mineiro com as operações efetivamente ocorridas neste estado.

Lado outro, a Autuada alega ainda, que os fretes das operações foram contratados na modalidade FOB, o que a isentaria de qualquer responsabilidade, cabendo ao destinatário a responsabilidade por quaisquer irregularidades detectadas após a saída das mercadorias.

Mais uma vez não lhe assiste razão, conforme já mencionado anteriormente com a citação, inclusive, de jurisprudência recente do STJ favorável ao Fisco.

Por tudo que até aqui foi exposto, parece óbvio e conveniente, que as empresas supostas destinatárias previamente assumissem a responsabilidade pelos tributos devidos após a saída das mercadorias.

Registra-se que no documento elaborado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, denominado Recomendação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Ordem Econômica e Tributária - CAOET nº 1 de 22/11/12, direcionado à Associação das Indústrias Sucroenergéticas de Minas Gerais, já era salientada essa prática do setor na estipulação de cláusula FOB, contudo isso não era suficiente para afastar a responsabilidade do emitente da nota fiscal em caso de comprovada culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*".

No caso em exame, tem-se que nada mais conveniente para a Autuada do que atribuir a responsabilidade às supostas empresas destinatárias, tendo em vista as constatações dos Fiscos de destino de irregularidades nessas empresas, como por exemplo, simulação de operações com combustíveis/solventes em relação à empresa Monte Cabral Distribuidora de Combustíveis Ltda.

O dispositivo lançado no Auto de Infração atribui responsabilidade à Impugnante que agora tenta utilizar o argumento de que a responsabilidade é dos destinatários das mercadorias, constantes das notas fiscais, para fugir da correta tributação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O § 7º do art. 33 da Lei nº 6.763/75, já citado anteriormente, estabelece: Presume-se interna a operação, quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território mineiro com destino a outro Estado ou ao Distrito Federal (...)

Obviamente, essa era a intenção da Autuada desde o início. Para isso foram tomados todos os “cuidados” além das consultas aos Cadastros Sintegra dos destinatários e simulação dos pagamentos das operações.

Se fossem seguidas as recomendações do Ministério Público Estadual e da SEF/MG, exigidos pagamentos convencionais, e analisados os documentos apresentados pelo suposto comprador, o “esquema” não teria prosperado e, se ainda assim tivesse prosseguido, a Autuada não teria como alegar agora que não sabia de nada e que não é responsável pelo crédito tributário.

Destaca-se que em relação aos recebimentos das operações não questionadas pelo Fisco, pagamentos realizados pelas grandes distribuidoras (Petrobras e Ipiranga), constatou a Fiscalização que eles foram efetuados por meio de Transferências Bancárias Eletrônicas (TED), o que permite identificar o real pagador da aquisição.

Ao contrário, com relação às empresas distribuidoras de menor porte, objeto da autuação, a Autuada adota procedimento diferenciado, não convencionais (recebimento em dinheiro depositados em conta bancária na agência localizada em município próximo à sede da Autuada).

Outrossim, o cumprimento das medidas estipuladas no Regime Especial concedido à Autuada (PTA nº 45.000004839.40) pela Superintendência de Fiscalização da SEF/MG (doc. 07 de fls. 526/530), asseguram à Autuada o não recolhimento antecipado do imposto a cada operação, não comprovando, por si só, a efetiva saída das mercadorias do território mineiro, hipótese em que se presume interna a operação, conforme dispõe o art. 33, §7º, da Lei nº 6.763/75.

Também não socorre à Impugnante a alegação de que os supostos destinatários das mercadorias cumpriram os procedimentos de “ciência da emissão da NFe” e “confirmação da operação” por meio do aplicativo próprio constante no site da Receita Federal do Brasil.

Repita-se uma vez mais, por tudo que até aqui foi exposto, referido procedimento apenas demonstra o “cuidado” que tiveram os envolvidos em fazer parecer que as operações ocorreram na forma descrita nos documentos fiscais, dando um ar de legal na documentação fiscal emitida.

Cumprir destacar, que existe desde 25/06/13, um procedimento obrigatório que deve ser adotado pelo destinatário de mercadorias no que se refere à emissão da nota fiscal eletrônica.

Numa operação comercial regular, quando o remetente é autorizado a emitir a nota fiscal eletrônica, o destinatário automaticamente tem acesso ao documento via internet e deve adotar, dentre os procedimentos previstos, aquele que se ajusta à situação, sobretudo os procedimentos de “ciência da emissão da NFe” e “confirmação

da operação” por meio do aplicativo próprio constante no site da Receita Federal do Brasil.

É um procedimento simples que confirma a realização da operação entre remetente e destinatário.

A obrigação está prevista no Ajuste SINIEF nº 07/05. O Ajuste SINIEF é celebrado pelo CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária e tem força normativa perante as diversas unidades da Federação.

O Ajuste nº 07/05 trata especificamente da Nota Fiscal Eletrônica. Em Minas Gerais, a obrigação está regulamentada pelo Decreto nº 46.261/13, que alterou o Regulamento do ICMS/MG (Decreto nº 43.080/02) no art. 11-K do Anexo V, *in verbis*:

RICMS/02 – Anexo V

Art. 11-K. Após a Autorização de Uso da NF-e, o destinatário deverá se manifestar sobre sua participação na operação acobertada pela NF-e, na forma e no prazo previstos no Ajuste SINIEF nº 07/05, de 30 de setembro de 2005, e observado leiaute estabelecido no Manual de Orientação do Contribuinte, através do envio de informações de:

I - confirmação da operação: manifestação do destinatário confirmando a ocorrência da operação descrita na NF-e e o recebimento da mercadoria;

II - operação não realizada: manifestação do destinatário declarando que a operação descrita na NF-e foi por ele solicitada, mas que não se efetivou;

III - desconhecimento da operação: manifestação do destinatário declarando que a operação descrita na NF-e não foi por ele solicitada;

IV - ciência da emissão: manifestação do destinatário declarando ter ciência da operação descrita na NF-e, quando ainda não possuir elementos suficientes para apresentar uma manifestação conclusiva como as descritas nos incisos anteriores. (Grifou-se).

Consta ainda no Portal da Nota Fiscal Eletrônica:

O que é a Manifestação do Destinatário?

Este conjunto de eventos, como o próprio nome já sugere, permite que o destinatário da NF-e possa se manifestar sobre a sua participação comercial descrita na NF-e, confirmando as informações prestadas pelo seu fornecedor e emissor do respectivo documento fiscal. Este processo é composto de quatro eventos:

1. Ciência da Emissão
2. Confirmação da Operação
3. Registro de Operação não Realizada
4. Desconhecimento da Operação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Obviamente, trata-se de uma obrigação imposta ao destinatário das mercadorias.

No entanto, o cumprimento deste procedimento simples pelo suposto destinatário não afasta as irregularidades na operação, tendo em vista a falta de comprovação da efetiva entrega da mercadoria em outro estado.

Sabendo-se que o não cumprimento da obrigação é um forte indício de que a operação não aconteceu como descrito na nota fiscal eletrônica, sobretudo no que se refere à existência de fato dos supostos destinatários consignados nos documentos fiscais, e também, quanto ao negócio (compra e venda) tabulado entre as partes, é que esse procedimento foi realizado pelas partes.

No tocante às decisões judiciais relativas ao adquirente de boa-fé trazidas aos autos pela Defesa, destaca-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não é contrário ao presente trabalho, como afirma a Autuada.

A citada decisão do STJ foi no REsp 1148444/MG, julgado em abril de 2010 tendo como Relator o Dr. LUIZ FUX, então Ministro do STJ. O processo trata de caso de um comerciante que pretende aproveitar créditos de ICMS por ter adquirido mercadorias e as notas fiscais terem sido, posteriormente, declaradas inidôneas. A Ementa do Acórdão resume assim a decisão:

“O COMERCIANTE DE BOA-FÉ QUE ADQUIRE MERCADORIA, CUJA NOTA FISCAL (EMITIDA PELA EMPRESA VENDEDORA) POSTERIORMENTE SEJA DECLARADA INIDÔNEA, PODE ENGENDRAR O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DO ICMS PELO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE, UMA VEZ DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA EFETUADA, PORQUANTO O ATO DECLARATÓRIO DA INIDONEIDADE SOMENTE PRODUZ EFEITOS A PARTIR DE SUA PUBLICAÇÃO.” NA SEQUÊNCIA, A DECISÃO DESTACA: “IN CASU, O TRIBUNAL DE ORIGEM CONSIGNOU QUE: “(...) OS DEMAIS ATOS DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE FORAM PUBLICADOS APÓS A REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES (F. 272/282), SENDO QUE AS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS TÊM APARÊNCIA DE REGULARIDADE, HAVENDO O DESTAQUE DO ICMS DEVIDO, TENDO SIDO ESCRITURADAS NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS (F. 35/162). NO QUE TOCA À PROVA DO PAGAMENTO, HÁ, NOS AUTOS, COMPROVANTES DE PAGAMENTO ÀS EMPRESAS CUJAS NOTAS FISCAIS FORAM DECLARADAS INIDÔNEAS (F. 163, 182, 183, 191, 204), SENDO A MATÉRIA INCONTROVERSA, COMO ADMITE O FISCO E ENTENDE O CONSELHO DE CONTRIBUINTES.” 4. A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE EM RELAÇÃO ÀS NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS APÓS A CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO (O QUAL FORA EFETIVAMENTE REALIZADO), UMA VEZ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CARACTERIZADA, LEGÍTIMA O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE ICMS” (GRIFOU-SE).

Cumprido destacar, que no julgamento citado existem provas de registro das operações, e também, provas de pagamentos das operações às empresas constantes nos documentos fiscais. Totalmente diferente dos fatos tratados nesta autuação, na qual não há confirmação de realização das operações interestaduais, sendo que os supostos pagamentos foram feitos, de forma peculiar, por terceira empresa (cujo administrador é comum ao diretor da Autuada), ou em dinheiro em agência bancária situada no município próximo à sede da Autuada, conforme amplamente comprovado nos autos.

O julgado do STJ confirma, portanto, que a jurisprudência dos tribunais vincula a existência de boa-fé a uma comprovação de que as operações ocorreram de fato conforme descrito nos documentos fiscais, o que não ocorreu nas operações objeto do lançamento tributário em discussão. As mercadorias não se destinavam àquele destinatário constante nas notas fiscais, conforme comprovado nos presentes autos, não obstante a efetiva saída das mercadorias do estabelecimento autuado.

Relembre-se que a citada Recomendação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Ordem Econômica e Tributária - CAOET nº 1 de 22/11/12, direcionada à Associação das Indústrias Sucroenergéticas de Minas Gerais, da qual foi dada ciência à Autuada em 2012, bem antes das operações em apreço, teve a finalidade de divulgar e evitar operações com empresas “de fachada”, cuja função é “tão somente figurar como adquirente da mercadoria para dar ares de legalidade ao negócio jurídico realizado”, inclusive com a simulação dos pagamentos, tendo em vista a ciência dos órgãos envolvidos na fiscalização da sonegação fiscal existente no setor que atua a Autuada.

Assim, a Autuada, que opera no ramo de combustíveis, caso fosse uma vendedora de boa-fé, em relação às operações autuadas, deveria ter, no mínimo, a obrigação de conhecer o seu cliente com mais profundidade, sob pena de ser inserido no rol daqueles “tolerantes ao esquema” ou, no mínimo, “ser veículo da prática de ilícitos intentados pelo futuro cliente”, conforme frisado nessa Recomendação Técnica CAOET-MP.

Outrossim, diante dos elementos comprobatórios colacionados pela Fiscalização, tem-se a convicção de que os documentos juntados aos autos pela Defesa, foram concebidos com intuito de dar aparente legalidade, perante o Fisco e também ao Poder Judiciário, às operações informadas nos documentos fiscais emitidos nas operações interestaduais, ocultando a real operação ocorrida e, conseqüentemente, suprimindo parcela do imposto devido a este estado.

Recentemente, a E. 1ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Contribuintes analisou PTA com acusação fiscal similar a dos presentes autos, oportunidade em que o lançamento foi julgado procedente. Confira-se:

ACÓRDÃO: 22.361/16/1ª RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000266687-24

IMPUGNAÇÃO: 40.010138142-65

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPUGNANTE: SADA BIO-ENERGIA E AGRICULTURA LTDA

IE: 325274255.02-30

PROC. S. PASSIVO: LEONARDO GUIMARÃES PEREIRA/OUTRO(S)
ORIGEM: DF/MONTES CLAROS

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERNA. CONSTATADA A EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS, EM OPERAÇÃO INTERESTADUAL, MENCIONANDO DESTINATÁRIO QUE NUNCA EXERCEU SUA ATIVIDADE NO ENDEREÇO CADASTRADO, CONFORME INFORMAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO DOS ESTADOS DA BAHIA E MARANHÃO. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÃO INTERNA, NOS TERMOS DO § 7º DO ART. 33 DA LEI Nº 6.763/75, RESPALDANDO A EXIGÊNCIA DO ICMS RELATIVO A DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADAS RESPECTIVAMENTE NOS ARTS. 56, INCISO II E 55, INCISO XLV, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Corretas, portanto, as exigências remanescentes de ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna de 19% (dezenove por cento) e a destacada nas notas fiscais, no percentual de 12% (doze por cento), Multas de Revalidação e Isolada capituladas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XLV, ambos da Lei nº 6.763/75.

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

(...)

XLV - por não comprovar a saída do território mineiro de mercadoria com destino a outro Estado ou ao Distrito Federal ou a sua efetiva exportação - 50% (cinquenta por cento) do valor total da operação.

No tocante à alegação da Defesa de que, ainda que fossem as operações consideradas internas, a alíquota aplicável seria no percentual de 12% (doze por cento), nos termos do disposto no art. 42, inciso I, alínea “b”, item “b.49, do RICMS/02 (vigente de 27/03/08 a 31/12/18), equivalente à alíquota interestadual (art. 42, inciso II, alínea “c”, do referido regulamento), a Fiscalização trouxe os seguintes apontamentos na manifestação referente ao PTA nº 01.001153533-20:

No ITEM II.4, quanto a inexistência da diferença de alíquota na tributação interna e interestadual há um desconhecimento ou má-fé na argumentação pois a legislação é clara quando determina alíquota interna para consumidor final, que no caso é 19%, e não alíquota interna para Distribuidoras. Logicamente, para perpetrar seu intento de sonegação ela jamais usaria empresas de fachada no próprio Estado de Minas Gerais pois seria desmascarada de imediato. O

que na prática ocorreu foi entrega em postos de gasolina de MG conforme dados do inquérito do Ministério Público de MG que se encontra em fase de conclusão e posterior oferecimento de denúncia criminal. (Grifou-se).

Pois bem, sem razão à Defesa, uma vez que resta claro nos autos, o que é corroborado pela constatação relatada na Recomendação Técnica CAOET-MP, que o objetivo do esquema de sonegação do setor que atua a Autuada era o consumo interno de combustível formalmente destinado a outro estado, correta a aplicação da alíquota no percentual de 19% (dezenove por cento) para a apuração do diferencial exigido nos presentes autos:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

Efeitos de 1º/01/2012 a 17/03/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, I, ambos do Dec. nº 45.946, de 02/04/2012:

“g) 19% (dezenove por cento), nas operações com álcool para fins carburantes;”

A Defesa alega que a penalidade aplicada afronta os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada.

Já a multa capitulada no art. 55, inciso XLV da citada lei (Multa Isolada) foi exigida devido à falta de comprovação da saída do território mineiro de mercadoria com destino a outro estado ou ao Distrito Federal ou a sua efetiva exportação.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

É imperioso afirmar que a aplicação das penalidades foi efetivada na medida prevista na legislação tributária deste estado, não competindo ao órgão julgador administrativo negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA (art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75).

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada com fundamento no disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto exigido (fls. 2.562).

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência parcial do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 2559/2563, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Leonardo Nunes Marques e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

além dos signatários, as Conselheiras Gisлана da Silva Carlos (Revisora) e Cindy Andrade Moraes.

Sala das Sessões, 14 de outubro de 2020.

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente**

D

CCMIG