

Acórdão: 13.743/00/2^a
Impugnação: 57.772
Impugnante: Casa Aguiar Ltda
Advogado: Carlos Fernando de Souza/outro
PTA/AI: 01.000121401-37
Inscrição Estadual: 522.029057.0061 (Autuada)
Origem: AF/II/Janaúba
Rito: Ordinário

EMENTA

Alíquota de ICMS - Utilização Indevida - Operação Interestadual - Não contribuinte do ICMS - Saídas de mercadorias com destino a consumidores finais localizados no nordeste brasileiro, utilizando-se de documentos fiscais de sua filial estabelecida no Estado da Bahia, aplicando a alíquota de 7% e não 18%, como devido. Infração não caracterizada nos autos. Impugnação procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento de ICMS a menor que o devido, relativo a diferença entre a alíquota interna de 18% (dezoito por cento) e a interestadual de 7 % (sete por cento), vez que a Autuada promoveu saídas de mercadorias diretamente a consumidores finais localizados no nordeste brasileiro, utilizando-se de documentos fiscais de sua filial estabelecida no Estado da Bahia, no período de janeiro de 1996 à dezembro de 1997.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 212/217, anexando documentos de fls. 219/332, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 342/345.

A Auditoria Fiscal exara Despacho Interlocutório às fls. 360 , que resultam nas manifestações de fls. 362/367 e 371.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 373/380, opina pela procedência da Impugnação.

Exige-se crédito tributário no valor de R\$ 331.889,48, adequado à Lei 12.729/97, composto de parcelas de ICMS, MR (50%).

DECISÃO

Tendo em vista que a Auditoria Fiscal, no bem elaborado parecer de fls. 373 a 380 aborda todos os pontos levantados pela Impugnante, é o que abaixo se transcreve, sendo este o fundamento desta decisão.

"A exigência fiscal encontra-se consubstanciada na constatação de recolhimento de ICMS a menor que o devido, relativo a diferença entre a alíquota interna de 18% (dezoito por cento) e a interestadual de 7 % (sete por cento), vez que a Autuada promoveu saídas de mercadorias diretamente a consumidores finais no Estado da Bahia, utilizando-se de documentos fiscais de sua filial estabelecida naquela Unidade da Federação, no período de janeiro de 1996 à dezembro de 1997.

Primeiramente, observamos que Impugnante, em sua peça defensiva, requer a produção de prova pericial, sem contudo apresentar os quesitos que deseja ver respondidos, razão pela qual deixou o pleito de ser objeto de apreciação, com supedâneo no art. 98, inciso III, da CLTA/MG.

Passando ao exame do mérito da lide, temos que a sistemática implementada pela Impugnante, segundo acusa o Fisco, consistia na emissão de documentos fiscais de transferências para sua filial estabelecida no município de Guanambi/ BA, atribuindo valores de custo às operações, ao mesmo tempo em que também emitia as notas fiscais de vendas aos seus clientes consumidores (fls. 40/150), como se fora a própria filial, sem que a mercadoria por esta transitasse fisicamente.

De acordo com o que sustenta, corroboraria com esta afirmativa o fato de que se encontrava fechado o estabelecimento filial, quando em visita a ele feita em 10 de março de 1998, juntamente com um representante do Fisco baiano, conforme atesta o relatório de fls. 15, dos autos, onde inclusive reconhece o procedimento arquitetado pela Impugnante, o contabilista responsável por sua escrituração mercantil e fiscal.

Ainda, a apreensão de documentos fiscais da filial, em 03 de abril de 1998, no estabelecimento da Autuada (fls. 17), bem como, a circunstância de que os transportadores autônomos contratados para executar o frete aos consumidores finais - indicados nas notas fiscais supostamente emitidas pela filial baiana -, eram todos procedentes do município de Porteirinha/ MG, viriam ao encontro da imputação.

Da competência atribuída pelo art. 142 do CTN, à autoridade administrativa, se deduz que verificada a inadequabilidade da apuração e do recolhimento do tributo promovido pelo contribuinte, em lançamento dito por "homologação", é lícito que se traga o crédito tributário a realidade do conjunto de elementos verdadeiramente evidenciados, de ofício.

Ocorre, entretanto, que para se assim proceder, necessário se faz que as circunstâncias ensejadoras da reforma no que fora apurado pelo próprio sujeito passivo, habitem no mundo real, e não estejam apenas sustentados em indícios não efetivamente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comprovados. Há que se ter inequivocamente, então, a materialidade dos fatos que se impõem como alteradores do lançamento antes proposto.

A legislação tributária, salvo nos casos em que há expressa autorização, não aceita a presunção como fator motivante à constituição do crédito tributário, necessitando mesmo a evidenciação irrefutável dos elementos essenciais à ocorrência do fato gerador, para se ter reconhecido o nascimento da obrigação tributária principal.

As informações originárias do Fisco baiano (fls. 192) dão conta de que a filial da Autuada estabelecida naquela Unidade da Federação, vinha cumprindo com suas obrigações fiscais, quando em fevereiro de 1998 foi constatada sua inoperância, por não mais exercer atividades mercantis naquele local.

Por sua vez, a Impugnante ratifica tais observações, esclarecendo que encerrara mesmo suas atividades naquela localidade no início do mês de fevereiro de 1998, porém, continuara a pagar os aluguéis do imóvel que havia locado, onde estava estabelecida sua filial (fls. 330).

Importa salientar que as informações prestadas pela autoridade fiscalizadora da Bahia não são declaratórias de fatos pretéritos, no que tange ao efetivo exercício das atividades pela filial, alcançando, tão somente, o lapso temporal em que se tem constatada *in loco* esta circunstância.

Não obstante, contrariamente à pressuposição tida da visita fiscal, comparecem os documentos juntados aos autos, que acusam o cumprimento das obrigações impostas pelo Fisco do Estado da Bahia, logo, permitem a conclusão da ocorrência de atividades mercantis no âmbito do estabelecimento filial.

A apreensão de documentos fiscais pertencentes à filial baiana, de posse da Autuada (fls. 17), por sua vez, embora ofereça indícios de que estariam sendo emitidas pela matriz mineira, não permite a certeza necessária ao lançamento do crédito tributário, conquanto todas as notas fiscais encontradas já haviam acobertado as operações que se propunham, restando apenas as vias de arquivo. A inoperância do estabelecimento filial, embora com seus cadastros ainda ativos em alguns órgãos públicos, conforme comprova os documentos de fls. 363/365, bem se presta como justificativa à manutenção das notas fiscais a ela pertencentes na matriz, onde se tem a conjunção patrimonial da entidade.

Ressalte-se que no caso em tela, apreendeu-se apenas um bloco de notas fiscais da filial, no estabelecimento matriz (fls. 17), com todos os documentos já emitidos e entregues as primeiras vias, sendo que tais documentos sequer integraram o trabalho fiscal (fls. 178/185).

Se a retirada dos documentos fiscais do estabelecimento filial corporifica afronta a alguma disposição normativa de natureza tributária, culminando com determinada sanção, esta terá, necessariamente, a sujeição ativa do ente federado no qual se situa, o Estado da Bahia, no presente caso. Por outro lado, a permanência no âmbito do estabelecimento da Impugnante de notas fiscais de sua filial outrora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

emitidas, as quais acobertaram operações já completadas, não é, por si só, procedimento rechaçado pela legislação tributária vigente no território mineiro, que dê causa a aplicação de qualquer penalidade específica.

Abarcado na materialidade dos elementos inovadores como condição *sine qua non* para a prática revisional de ofício da Autoridade lançadora, naquilo que fora apurado pelo sujeito passivo – tem-se, também, que não resiste, como suporte ao lançamento do crédito tributário, a simples alegação de que ilógico seria a contratação de transportadores a longa distância por razões sustentadas em confiança nos profissionais, como quer fazer crer o Fisco. É que a forma implementada para o desenvolvimento das atividades econômicas, desde que não defesa em lei, é matéria que pertence exclusivamente aos que no mercado atuam gerindo seus negócios, cabendo ao poder público investigar, entendendo conveniente, se determinada conduta não se presta como anteparo para o cometimento de irregularidades.

Assim, pode, perfeitamente, o comerciante contratar o transportador de sua preferência, para efetuar o transporte de suas mercadorias, onde quer que esteja ele situado, e sob o custo que bem se propor a assumir, reservando-se o direito à Fazenda Pública, no caso deste procedimento oferecer indícios de que se tem descumpridas obrigações tributárias, investigar a possível lesão ao erário.

Quanto ao testemunho de Nilton Menezes Teixeira, trazido à colação pelo Fisco no relatório de fls. 15 dos autos, faz ele prova da efetividade da declaração, mas não do fato declarado, conforme estatui o parágrafo único, do art. 368, do Código de Processo Civil Brasileiro – CPC:

“Art. 368 - As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único - Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.” (grifo nosso)

Sendo assim, ainda que reconhecida a falsidade da assinatura de Nilton Menezes Teixeira na declaração conjunta de fls. 230/231, segundo acusação do Fisco, aquela outra de fls. 15, continua tendo seu teor contestável, sendo mesmo insuficiente para comprovar os fatos que relata, à luz do dispositivo legal retrocitado.

Enfim, a totalidade dos elementos apontados pelo Fisco como sustentáculos da exigência, não ultrapassam a mera condição de indícios de possíveis infringências à legislação tributária, não tendo efeitos declaratórios de situações preexistentes, e, por conseguinte, não são bastantes para alcançar o período atingido pelo feito fiscal. Falta, inequivocamente, provas cabais da prática ilícita, necessárias à constituição do crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também não se prestam, como embaixadores da imputação feita pelo AI, os Pareceres da Duta Auditoria Fiscal funcionante em processo diverso, juntado aos autos às fls. 20/28 e 34/38, bem como o Acórdão correspondente, proferido por este Colendo Conselho de Contribuintes, de fls. 29/33, haja vista que ali as circunstâncias havidas, entre outras de maior robustez, incluíam a apreensão de notas fiscais ainda com as primeiras vias, já preenchidas e datadas, ficando irrecusável a assertiva de que eram elas emitidas pela Impugnante, embora pertencentes ao estabelecimento baiano.

Sobrevindo dúvidas, pois, acerca da natureza ou das circunstâncias materiais do fato, remete-se à regra do art. 112, do CTN, que define interpretação mais favorável ao sujeito passivo, objetivando remover a imputação fiscal.

Não assiste, desta forma, razões ao Fisco, sendo ilegítimas as exigências fiscais."

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente a Impugnação, nos termos do bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cleusa dos Reis Costa e João Alves Ribeiro Neto.

Sala das Sessões, 06/06/00.

**Antônio César Ribeiro
Presidente**

**Lúcia Maria Martins Périssé
Relator**