

Acórdão: 14.863/01/1^a
Impugnação: 40.010051329-24
Impugnante: Itaguassu Alimentos Ltda
Proc. Suj. Passivo: Áureo Carneiro Fontoura/Outro
PTA/AI: 01.000109320-10
Inscrição Estadual: 422.759081.0032
Origem: AF/Cataguases
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - Irregularidades apuradas mediante o confronto entre os valores de saídas de mercadorias declarados nos livros e documentos fiscais e os valores de vendas constantes de relatórios gerenciais apreendidos no estabelecimento. Acatada a arguição de nulidade do Auto de Infração por restar caracterizada a ilegalidade da apreensão dos documentos que serviram de base para o trabalho fiscal. Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

V.V.: O trabalho fiscal não padece de nulidade sob a argumentação de que a decisão judicial prejudicou a apreciação do mérito. A infração tributária baseada em documentos paralelos possuem presunção de validade somente passível de ser elidida mediante provas em contrário.

RELATÓRIO

O Auto de Infração n.º 01.000109320.10 foi lavrado em 15/05/97, para formalizar o crédito tributário constituído de ICMS, MR e MI, por constatar o Fisco que a Contribuinte, em diversos meses dos exercícios de 1993, 1994, 1995 e também no mês de julho de 1996, promoveu saída de mercadoria sem emissão de documentação fiscal deixando de pagar o ICMS correspondente, irregularidades apuradas mediante o confronto entre os valores de saídas de mercadorias declarados nos livros e documentos fiscais e os valores de vendas constantes de relatórios gerenciais apreendidos no estabelecimento.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada, por intermédio de procurador regularmente constituído impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 69/74), sob os seguintes fundamentos em síntese:

- em face do disposto no artigo 144, inciso IV, da CLTA/MG, que reproduziu o artigo 151, inciso III do CTN, está suspensa a exigibilidade do crédito tributário, posto que ingressou com Mandado de Segurança, visando desconstituir a legalidade de atos praticados pelos agentes fiscais que agindo com excesso de poder

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apreenderam pastas estranhas à rotina fiscal, obtendo do Juiz o competente deferimento da medida liminar;

- não há suporte legal para exigir um crédito tributário inexistente a par de ser ilegal, razão pela qual todos os atos dele decorrentes deverão ser considerados nulos;

- a Fiscalização não anexou ao procedimento administrativo e nem mesmo ao Auto de Infração ora impugnando os “quadros demonstrativos” a que se referem o TO e Auto de Infração correspondentes;

- a ação fiscal está marcada sob o manto da completa irregularidade e baseada em folhas fotocopiadas, cujos originais a Impugnante desconhece, o que leva a uma firme convicção de que todos os valores discriminados foram feitos com base em presunção, sem nenhuma prova convincente para sustentar o mencionado Auto de Infração;

- a Fiscalização exige um crédito a título de diferença apurada com base em peças desclassificadas e que não servem para os fins a que se destinam, pois se quer se tem conhecimento da existência delas;

- em nenhum momento da ação fiscal lhe foi exibido documentos ditos “paralelos”, e nem mesmo o Fisco quando obrigado a devolver as pastas perante o judiciário fez menção a quaisquer documentos que as integravam;

- requer o cancelamento do Auto de Infração e que, se não for possível aos autuantes anexar cópias das peças que descrevem como de propriedade da empresa que sejam juntados os originais para fins de um rigoroso exame da sua formação;

Requer a procedência da impugnação.

O Fisco, em fls.84/90, refuta as alegações da defesa nos seguintes termos em síntese:

- utilizando-se da faculdade concedida no artigo 191 do RICMS/96, e artigo 47 da CLTA/MG, a Fiscalização promoveu a apreensão, no estabelecimento da Impugnante, de pastas contendo documentos extrafiscais identificados como: Mapa de recebimento de leite por produtor, Pagamentos de fornecedores de leite, Vendas por vendedor, Controle de estoque e produção de produtos acabados, e Evolução de vendas; e com base nos dados neles lançados o Fisco elaborou um trabalho tecnicamente correto onde se buscou a verdade dos fatos;

- os argumentos trazidos na peça defensiva comprovam que a Autuada tem pleno conhecimento da acusação que lhe está sendo imputada na peça fiscal, logo, a alegação de falta de clareza do trabalho não procede;

- a Impugnante ao declarar no Mandado de Segurança que “a Impetrante não está podendo levantar suas obrigações com inúmeros e pequenos pecuaristas fornecedores de leite”, dado a falta dos documentos apreendidos, confessa que os dados nele contidos correspondem ao movimento econômico-financeiro da empresa;

- o artigo 51, inciso I, da CLTA/MG, estabelece que o TIAF deve ser lavrado para verificação do cumprimento das obrigações tributárias, sendo que a alínea “a” estatui a obrigatoriedade da autoridade fiscal colher a assinatura do contribuinte, seu representante legal ou preposto, logo, o fato de ter sido encontrada a documentação em questão levou a Fiscalização a apreendê-la e a lavrar o TIAF, que foi assinado pelo Sr. Roberto Silveira Alves, contabilista contratado e credenciado pela autuada com poderes para a prática de tal ato, assim, não há que se falar em ilegalidade na coleta da documentação e muito menos em nulidade do feito fiscal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- também não há como considerar desclassificados, documentos que a própria Autuada declara imprescindíveis ao controle e cumprimento das obrigações junto a fornecedores da empresa;

- o patrono da Autuada cometeu outra impropriedade ao invocar a falsidade da documentação, referindo-se às cópias dos documentos apreendidos, pois se ele próprio declara a importância de tais documentos, seria textualmente incorreto julgá-los inexistentes, admitir que foram preenchidos por alguém não autorizado, e mais ainda considerá-los falsos;

- resta citar que o recibo de devolução das pastas contendo os documentos utilizados nos levantamentos foi assinado pela escrivã Mônica e que toda documentação comprobatória da infração encontra-se anexada ao presente PTA, e de acordo com a legislação de regência, está e sempre esteve à disposição da Impugnante;

- é de se concluir assim que o presente Auto de Infração fundamenta-se em venda desacobertada de documentos fiscais, apurado com base em controles internos, tendo sido elaborados de acordo com a legislação pertinente, não merecendo portanto nenhum reparo;

Requer a improcedência da Impugnação.

O PTA foi submetido à apreciação da 1ª Câmara em 23/11/99, tendo esta proferido a Decisão de fls. 92, no sentido de converter o julgamento em diligência, para que o fisco promovesse a recomposição da conta gráfica, inclusive quanto ao exercício de 1993.

Às fls. 93 a 100, o Fisco, em atendimento à referida decisão levou os débitos à conta gráfica da autuada, apurando-se os valores demonstrados às fls.101.

A DACCT, às fls. 104, em saneamento de instrução, retornou os autos à origem para vistas à Impugnante dos demonstrativos atinentes à recomposição.

A correspondência de fls.106, concedendo vistas à Impugnante, endereçada ao estabelecimento da autuada, foi recusada pelo destinatário conforme revela o documento de fls.108 (verso).

Às fls. 109, o Fisco insiste no atendimento da diligência encaminhando a correspondência ao Sr. Jaime Antônio Vargas, atual contabilista da empresa, sobre a qual não houve manifestação.

Em face do disposto no artigo 143, a Auditoria Fiscal às fls. 111, retorna novamente os autos para vistas à Impugnante na pessoa do procurador constituído (fls.78).

Os patronos da Autuada tomam ciência dos referidos documentos, e na oportunidade fazem a juntada às fls. 120/123, do Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, relativo ao Mandado de Segurança impetrado pela Impugnante, que confirmou a sentença de 1º grau, decidindo pela ilegalidade do ato de apreensão dos documentos em questão.

A Auditoria Fiscal às fls. 124, na busca de esclarecimentos sobre os efeitos da Decisão proferida no citado Acórdão, encaminha os autos à Procuradoria de Defesa Contenciosa, a qual concluiu “*que o Processo Tributário Administrativo em questão não encontra óbice no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que se limitou, como já foi dito, a confirmar a sentença de 1º grau, que determinou a liberação dos documentos*”, conforme se verifica às fls.125/126.

DECISÃO

As diferenças tributáveis, demonstradas no quadro de fl. 19 e sobre as quais estão a recair as exigências fiscais, foram apuradas mediante o confronto entre os valores lançados em documentos extrafiscais, quais sejam, relatórios gerenciais diversos (docs. fls. 28/58), apreendidos no estabelecimento da Autuada, e os valores de venda de mercadorias declarados nos livros da sua escrita fiscal.

Inconformada com a autuação, a Contribuinte apresenta Impugnação tempestiva na qual vem alegar ilegalidade na apreensão dos documentos em que se fundamenta o trabalho fiscal. Também não reconhece a origem dos citados relatórios e nem a sua condição de formadores de qualquer fato gerador de obrigação tributária, salientando que a Empresa possui escrita fiscal regular a qual foi objeto de exame, nada ficando apurado a título de irregularidade.

Informa ter mesmo impetrado Mandado de Segurança em função de a Fiscalização ter agido com abuso de poder, sendo a respectiva Liminar prontamente deferida, sendo feita a devolução dos documentos pelo Fisco, os quais haviam sido apreendidos de forma ilegal.

O Fisco por sua vez, diz ter se valido da faculdade que lhe é concedida em Lei, no caso, os artigos 191 do RICMS/96 e artigo 46 da CLTA/MG, apreendendo documentos extrafiscais contendo mapas de recebimento de leite, vendas por vendedor, controle de estoque e produção de produtos acabados e evolução de vendas, no estabelecimento da Autuada.

Afirma que, de posse desses documentos, e após análise dos dados neles lançados, fez o confronto com os dados declarados nas notas fiscais de saídas emitidas, buscando apurar a realidade dos fatos.

Sustenta que não há que se falar em ilegalidade na coleta da documentação e muito menos em nulidade do feito fiscal.

Conforme o disposto no artigo 195 do CTN, "Para os efeitos da legislação tributária, não tem aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais e fiscais, dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los".

Embora franqueie ao Fisco o exame dos documentos, objetos, papéis e livros fiscais que constituam provas de infração à legislação tributária, a Legislação Tributária impõe, para o acesso dos mesmos, o atendimento de formalidades, necessárias e indispensáveis para a efetivação do lançamento.

Relevante citar, de Paulo de Barros Carvalho, alguns excertos de sua obra "Curso de Direito Tributário" (pag. 364 - 5ª edição):

"A atividade fiscalizadora será devidamente documentada. Sempre que se fizerem necessárias diligências de fiscalização, os agentes devem lavrar os termos próprios, que atestem o início, o término e as providências mais importantes que forem tomadas no decorrer dos trabalhos, como apreensão de livros, documentos, livros, documentos, mercadorias etc. A legislação dos vários tributos estabelecerá regras sobre o procedimento que deve ser adotado pelos funcionários credenciados, fixando o tempo máximo

para a conclusão das diligências. Os termos serão lavrados em um dos livros fiscais exigidos e, quando celebrados em separado, deles se fará entrega de cópia autenticada pela autoridade administrativa à pessoa sujeita à fiscalização".

Assim, o registro da apreensão de documentos, objetos, papéis e livros fiscais que constituam provas de infração à legislação tributária, é indispensável, nos termos do § 1º do artigo 42 da Lei n.º 6.763 e § 2º do artigo 59 da CLTA/MG (efeitos de 11/08/84 a 10/05/99), e a sua ausência compromete de fato a licitude do resultado apurado.

O RICMS/96 trata da apreensão de mercadorias, bens e documentos, Capítulo III do Título IX, artigos 202 a 208.

Os artigos 201 e 202 assim estabelecem:

"Art. 201 - Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, objetos, papéis, livros fiscais e meios magnéticos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

(...)

§ 2º - A apreensão prevista no inciso II não poderá perdurar por mais de 8 (oito) dias, ressalvada a hipótese de prejuízo para a comprovação da infração, caso em que será fornecida ao contribuinte que o requeira, cópia dos livros e documentos apreendidos.

Art. 202 - A apreensão será efetuada mediante lavratura de Termo de Apreensão, Depósito e Ocorrência (TADO), assinado pelo apreensor, pelo detentor da mercadoria ou do bem apreendido, ou pelo seu depositário e, se possível, por 2 (duas) testemunhas."

Desse modo, a lavratura do Termo de Apreensão, Depósito e Ocorrência (Termo de apreensão e Depósito - TAD a partir de 11/05/99) quando da apreensão de mercadorias, documentos fiscais ou extrafiscais, não se constitui mera formalidade a ser cumprida, mas sim, procedimento que vai assegurar, ao trabalho fiscal, a indispensável lisura e garantia, e ao contribuinte fiscalizado, a possibilidade do exercício do direito da ampla defesa.

No caso dos presentes autos não houve a lavratura do TADO quando da apreensão dos que serviram de base para o trabalho fiscal.

O jurista Aliomar Baleeiro em sua obra "Direito Tributário Brasileiro" (pag. 564 - 9ª Edição) assim se pronuncia:

"Embora o C.T.N não o diga, a inobservância de forma prescrita em lei ou regulamento, enfim em "legislação tributária", induz nulidade do ato, salvo se, segundo os princípios gerais do Direito Processual disso não ocorreu prejuízo para o sujeito passivo, ou se ele se conformou, não arguindo a falha ao pronunciar sobre o caso.....".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As peças dos autos noticiam que a inconformidade da Contribuinte manifestou-se inclusive mediante o pedido de concessão de liminar em mandado de segurança.

Não obstante todas estas considerações, a questão dos autos encontra-se resolvida pelo citado Acórdão do TJMG que confirmou decisão monocrática pela qual foi determinada a devolução à Fiscalizada, dos documentos apreendidos, em razão da ilegalidade do ato de apreensão dos mesmos.

Por estas razões, há que se acatar a argüição de ilegalidade na apreensão dos documentos que serviram de base ao trabalho fiscal, circunstância esta, que provoca a nulidade da peça fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em considerar nulo o Auto de Infração, por restar caracterizada a ilegalidade da apreensão dos documentos que serviram de base para o trabalho fiscal, julgando improcedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Luciano Alves de Almeida (Revisor) e Cleusa dos Reis Costa que não anulavam o Auto de Infração e julgavam procedente o lançamento. Decisão sujeita ao disposto no artigo 139 da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual. A Conselheira Cleusa dos Reis Costa apresentará voto em separado, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG. Participou do julgamento, também o Conselheiro Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 15/05/01.

Edmundo Spencer Martins
Presidente/relator

Acórdão:	14.863/01/1 ^a
Impugnação:	40.010051329-24
Impugnante:	Itaguassu Alimentos Ltda
Advogado:	Áureo Carneiro Fontoura/Outro
PTA/AI:	01.000109320-1-
Origem:	AF/Cataguases
Rito:	Ordinário

Voto proferido pela Conselheira Cleusa dos Reis Costa, nos termos do art. 43, do Regulamento Interno do CC/MG.

Preliminarmente, a atividade cautelar é preordenada para evitar que o dano oriundo da inobservância do direito seja agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional. No caso específico, foi conferida porque a Impetrante alegou que os documentos que estavam com o Fisco não correspondiam aos efetivos negócios efetuados por ela e que, a falta destes, estava impossibilitando de levantar suas obrigações junto aos fornecedores de leite.

Consta ainda do pedido de concessão de liminar do mandado de segurança impetrado pela Autuada de que só existia no local uma única funcionária, que os documentos apreendidos (cinco pastas) não traduziam a movimentação fiscal-comercial da Impetrante, sendo que três pastas não correspondem aos efetivos negócios efetuados, mas, projeções de negócios. Aduz que tem toda sua escrituração em dia, realizada por profissional habilitado e que a autoridade coatora (Fisco) vem se negando fazer a respectiva devolução. Que somente com autorização judicial poderia a autoridade fiscal apreender documentos, o que não foi o ocorrido. Ressalta que quem assinou o documento (TIAF) foi uma pessoa totalmente estranha aos quadros da empresa.

A juíza concede a liminar em face do ato legal por não mandado de busca e apreensão e determina a devolução das pastas contendo os documentos apreendidos que é prontamente atendida pelo chefe da AF. Ora, cabe inicialmente analisar dos fatos acima mencionados, questionando sua veracidade. Em primeiro, assevera que só havia no local uma única funcionária, mas quem assina o documento fiscal é o contador. Que as pastas não guardam relação com os negócios da autuada, todavia, é com fulcro nestes que se alicerciam as exigências fiscais. Afirma que está sendo negado a devolução dos documentos, porém, não apresenta qualquer requisição à AF, neste sentido. Equivoca-se na sua argumentação de que somente com autorização judicial é que seria possível a apreensão de quaisquer documentos, pois o art. 195 do CTN confere a legitimidade ao procedimento do Fisco para exame dos papéis. O comando não encerra conteúdo de autoritarismo, é uma imposição inafastável do exercício, do dever-poder que a lei atribui aos agentes da administração tributária e se reflete no

desdobramento do princípio da supremacia do interesse público ao do particular. (Paulo de Barros Carvalho).

É totalmente equivocada a afirmação do patrono da Impugnante às fls. 118 que “o Fisco não poderia basear na autuação levada a efeito, sendo que a decisão do Poder Judiciário, data vênua, coloca uma “pá de cal” no assunto”. Pois, quanto da confirmação da sentença pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais referente a liminar concedida à Autuada o que se depreende de sua leitura é sobre o meio, o modus operandi, que agiu a fiscalização, mas não sobre a matéria. E nem poderia ser diferente, porque seria absurdo o ato administrativo que, diga-se de passagem, foi decidido na presunção porque não há documento algum o alegado pelo contribuinte (não existe testemunha, não existem provas de abuso de poder, não existe o fato em si, a apreensão no contexto aduzido e, por este motivo, não era necessária a autorização judicial de busca e apreensão). Todavia, assim decidiu o Poder Judiciário, mas tão somente quanto ao ato, mesmo porque a informação repassada foi que os documentos não continha relação com a movimentação contábil da Empresa (o que improcede) e de que existiu resistência para devolução dos documentos (não houve nenhum pedido).

Comungamos pela mesma opinião esposada pela Procuradoria quando invocada para pronunciar sobre os efeitos da decisão consubstanciada no acórdão 114369/2 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (fls. 125/126).

A decisão foi no sentido de ser o ato declarado ilegal para que o Fisco devolvesse os documentos, como já o havia feito por força de liminar, veio somente a convalidar, mas, de forma alguma prejudicar o mérito, ou seja, tornar nulo o crédito tributário em razão de todos os outros atos seguintes a esta decisão serem considerados nulos. Nem poderia ser de outra forma, pois estaríamos favorecendo os fraudadores em detrimento daqueles que procuram cumprir com as obrigações tributárias. Tal atitude fere frontalmente o princípio da verdade real que este Órgão prioriza e prestigia para que não se puna aqueles que não devem como também não se beneficie os sonegadores.

Inicialmente, é preciso registrar que improcede a alegação da Impugnante quando assevera que a decisão judicial prolatada relativamente ao mandado de segurança impetrado pela Coobrigada, julgou-se também o mérito da autuação, ou seja, além da ordem da liberação da mercadoria, que a sentença definitiva do mandado fez coisa julgada não havendo, desse modo, porque o Fisco continuar na sua persecução considerando que a ilegalidade e os vícios de autuação restaram consolidados tornando imprestável o ato da autoridade fiscal.

Definitivamente, o Juiz não discutiu a matéria fiscal. Tratou-se unicamente sobre a apreensão da mercadoria que considerou desnecessária sob o fundamento de que a Fazenda tem outros meios de se cobrar os tributos devidos e, sobre o termo de apreensão que entendeu estar formalmente viciado. Conjugando as duas, o máximo que se extrai é a nulidade do documento de apreensão e consequentemente a apreensão em si. Mas, de forma alguma, a decisão proferida no mandado de segurança tangencia sobre o crédito tributário que continua prevalecendo uma vez que a apreensão é uma situação e sonegação fiscal é outra, totalmente desvinculada daquela.

Assim, também não cabe a interpretação extensiva de que estando o ato administrativo de apreensão de mercadoria nulo, também estaria o feito fiscal, pois, reiterando, são dois atos administrativos independentes, divorciados, desatrelados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressaltamos mais uma vez, por sua relevância, que não existiu de fato a apreensão e em assim sendo, não teria que ser lavrado o TADO, por conseguinte, administrativamente está correto o procedimento fiscal que descreveu no TIAF os documentos que estavam sendo entregues e, judicialmente também está, em razão do que está sendo apreciado é aquela liminar antes concedida para liberação dos documentos e confirmando que realmente deveriam ser devolvidos por ter a autoridade judicial entendido que eram desnecessário ao trabalho fiscal e desta forma teria agido com abuso do poder. A decisão final limitou a confirmar a sentença de primeiro grau somente neste sentido, repetimos, para liberar os documentos, condição esta que não impõe nulidade do Auto de Infração.

Por todos estes motivos o trabalho fiscal não padece de nulidade sob a argumentação de que a decisão judicial prejudicou a apreciação do mérito. A infração tributária baseada em documentos paralelos possuem presunção de validade somente passível de ser elidida mediante provas em contrário. Este também foi o entendimento da 1ª Câmara, composta na ocasião pelos conselheiros Ênio Pereira da Silva, Windson Luiz da Silva, Joaquim Mares Ferreira e Luiz Fernando Castro Trópia, uma vez que decidiram converter o julgamento em diligência para que o Fisco promovesse a recomposição da conta gráfica.

Sala das Sessões, 15/05/01.

Edmundo Spencer Martins
Presidente

Cleusa dos Reis Costa
Conselheira -CC/MG