

Acórdão: 2.379/01/CE
Recurso de Revista: 40.050101772-92
Recorrente: César Pneus Ltda
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. Sujeito Passivo: Nelson Fraga da Silva
PTA/AI: 01.000103619-26
Inscrição Estadual: 525.227109.00-27
Origem: AF/ Pouso Alegre
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Levantamento procedido a partir da apreensão de banco de dados. Irregularidade configurada. Entretanto, evidenciado que a Recorrente também presta serviços sujeitos ao ISS, deve ser deduzido da base de cálculo do ICMS o percentual correspondente, na escrita fiscal, à participação de tais serviços na receita global, durante o período fiscalizado.

Recurso de Revista conhecido e provido parcialmente. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, constatadas através de documentos internos paralelos.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 981/00/4ª por unanimidade de votos excluiu parcialmente as exigências de ICMS, MR e Multa Isolada, em decorrência de alterações procedidas pelo próprio Fisco após apresentação da Impugnação.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revista de fls. 405 a 416, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 9.709/91/3ª, 11.870/96/3ª, 9.575/91/2ª, 436/89/5ª, 1.171/91/CS, 6.424/85/3ª, e 9.767/92/3ª.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 454 a 458, opina, em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG e, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revela-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão.

Dos paradigmas apontados, apenas um enseja conhecimento do Recurso.

Quanto ao ônus da prova, a Recorrente afirma existir divergência entre o Acórdão recorrido e o de nº 9.909/91/3ª. Em se tratando de caso de presunção, a Câmara a teria aceito para definir a ocorrência dos fatos geradores, de vez que o paradigma a rejeitaria como fato gerador de imposto. Entende que pelo art. 333 do CPC, a ser aplicado subsidiariamente à CLTA, por força do art. 108 desta, vigente ao tempo da lavratura do AI, o *onus probandi* incumbiria ao autor, no caso, ao Fisco.

A bem da verdade a Câmara concebeu a presunção legal não como fato gerador, mas como elemento de prova da existência deste, ausente comprovação negativa inequívoca.

Face às circunstâncias dos autos, não cabe aplicação do disposto no art. 333 do CPC, como quer a Recorrente. Sobejam indícios suficientes à presunção legal de saídas ao desabrigo de notas fiscais, invertendo-se, como bem discorre o Acórdão recorrido, o ônus da prova, de forma inequívoca, para o Autuado.

O precitado dispositivo do CPC não tem mais prevalência no Processo Tributário Administrativo Mineiro, em virtude da alteração da redação do art. 108 da CLTA, pelo Decreto 39.395/98. A pretensa justificativa de aplicação do dispositivo revogado ante invocação do art. 144, *caput*, do CTN, é equivocada. Este, ao dispor que "o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada", está normatizando direito material e não formal (processual).

Em sede de Direito Processual é cediço o entendimento de que "*a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência. Por outras palavras, a lei nova respeita os atos processuais realizados, bem como os seus efeitos, e se aplica aos que houverem de realizar-se.*" (SANTOS, M. Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Saraiva, 5.ed., V. 1., p. 29).

A apreciação de provas, matéria de direito adjetivo, pertence à fase do julgamento no Processo Tributário Administrativo, fase esta ocorrida na vigência da nova redação do art. 108 da CLTA, determinada pelo aludido Decreto 39.395/98; portanto, pautada pelas regras próprias desta Consolidação e não por subsidiariedade do CPC.

Inferência conclusiva é a de não caracterização de divergência jurisprudencial, se colacionados o Acórdão recorrido e este paradigma apontado.

Assevera, outrossim, a Recorrente, **relativamente à substituição tributária**, que a decisão recorrida diverge do **Acórdão nº 11.870/96/3ª**. Tanto o Fisco quanto a 4ª Câmara - continua - reconheceriam que o produto básico da atividade mercantil da recorrente é pneu, mercadoria sujeita ao regime de ST; todavia, esta última não teria levado em conta a inexistência de pagamento de ICMS em suas vendas, diversamente do paradigma, que descartaria a exigência do tributo face à não-incidência legal.

Também aqui não cabe razão à Recorrente. A ST é mera forma de tributação e não de exclusão de imposto. O paradigma refere-se à ausência de previsão legal de ICMS para determinadas operações, ou seja, afastamento do campo de incidência. Na ST tem-se a tributação regular. Saídas sem notas fiscais, na praxe, ausente comprovação de pagamento da exação a preço de consumidor final pelas aquisições, não dispensa seu pagamento. Vale acrescentar, ainda assim, que o Órgão Julgador não afastou a MI pelo desacobertamento.

Insiste a Recorrente que, mesmo havendo **dúvida** na acusação fiscal, a 4ª Câmara manteve as exigências, porquanto em situações outras em que esta se fez presente aplicou-se o art. 112 do CTN, para cancelamento do crédito tributário, como se verifica nos **Acórdãos nºs 436/89/5ª, 1.171/91/CS, 6.424/85/3ª, 10.094/92/2ª e 9.767/92/3ª**.

De fato, em citados paradigmas percebe-se ter restado dúvida quanto à certeza e liquidez do crédito, o que não ocorre relativamente ao Acórdão recorrido. No PTA em exame, se dúvida restou o fora apenas como pretexto para interposição do presente Recurso, até porque identificados, na listagem que fundamentou o levantamento, os clientes e valores respectivos das "faturas". A Recorrente teria todas as condições para apontar as notas fiscais correspondentes à operações ou prestações, nos casos em que procedera à escrituração e tributação regulares, como feito em alguns. Obviamente que a grande omissão se deve, indiscutivelmente, à própria inexistência.

Nem a Auditoria Fiscal nem a Câmara Julgadora puderam identificar a situação destes autos com as que ensejaram os Acórdãos assinalados, que, assim, inaplicáveis afiguram-se para conhecimento do Recurso interposto.

Por derradeiro, a Recorrente ressalta que não se tomou em consideração o fato de as suas receitas provirem também de serviços sujeitos ao ISS, fazendo caracterizar juízo notadamente diverso da decisão tomada no **Acórdão nº 9.575/91/2ª**, que, versando sobre conclusão fiscal, cancelou as exigências por não distinção entre os ingressos oriundos de serviços sujeitos a tributo municipal e aqueles de operações tributadas pelo ICMS.

Realmente, aqui afigura-se decisão divergente, vez que, como o próprio Fisco reconhece, bem assim a Auditoria Fiscal atuante em fase precedente, posto que ínfima em relação à receita global, parcela dos ingressos advém da prestação de serviços sujeitos ao ISS. Isso permite admitir que porcíuncula do crédito tributário poderia não ser tributável pelo ICMS, maculando-o por excesso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ante o fato, impõe-se conceber preenchida também a condição do inciso I do art. 138 da CLTA/MG e, portanto, presentes se encontram os pressupostos de admissibilidade do Recurso de Revista, pelo que se propõe seu **conhecimento**.

Quanto ao mérito a matéria restringe-se à divergência verificada, na espécie, consistindo tão só na **possibilidade** de encontrar-se o crédito tributário maculado de parcela sujeita exclusivamente ao ISS, por referir-se meramente à prestação de serviço.

Obviamente que não cabe, face sua pouca significância em valor monetário, entender que o crédito deva ser afastado no seu todo.

Observando-se os documentos de fls. 106, 107, 110, 111, 114, 116, etc., pode-se concluir que, de fato, a receita global da empresa inclui prestação de serviços sujeitos ao ISS, donde admissível a possibilidade de o controle paralelo também contê-los.

Por questão de justiça tributária evidencia-se pertinente que se reconheça à Recorrente o direito de abater do crédito tributário remanescente a parcela correspondente à aplicação de índice percentual a se apurar, pelo Fisco, mediante verificação, na escrita fiscal, da participação da receita de serviços sujeitos ao ISS na receita global, durante o período fiscalizado.

Quanto aos demais tópicos de abordagem pela Recorrente, no mérito, entende-se não lhe caber razão, ratificando-se, por oportuno, os argumentos carreados pela Auditoria Fiscal no parecer de fls. 386/393 e acatados pelo Acórdão recorrido.

Por fim, o crédito tributário caracteriza-se como indeterminado, nos termos do § 1º do art. 45 do Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto nº 41.421, de 06 de dezembro de 2000.

Diante do exposto, **ACORDA** a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revista. Ainda em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar a proposta de diligência feita pelos Conselheiros Antônio César Ribeiro e Cláudia Campos Lopes Lara. No mérito, à unanimidade, em dar provimento parcial ao Recurso de Revista, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Nelson Fraga da Silva e pela Fazenda Estadual o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Participaram do julgamento, além dos Conselheiros acima e dos signatários, os Conselheiros Cleusa dos Reis Costa e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 29/06/01.

José Luiz Ricardo
Presidente

Windson Luiz da Silva
Relator