

Acórdão: 15.790/02/3<sup>a</sup>  
Impugnação: 40.010107977-26  
Impugnante: Massas Periquito S.A.  
Proc. S. Passivo: Ubiraci Martins/Outros  
PTA/AI: 01.000140313-78  
Inscrição Estadual: 277.044271.0013  
Origem: AF/Governador Valadares  
Rito: Ordinário

### **EMENTA**

**BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO – DESCONTOS CONCEDIDOS.** Constatada a emissão de notas fiscais consignando valores inferiores aos efetivos valores das operações, uma vez que os descontos concedidos, discriminados no campo "Dados Adicionais / Informações Complementares" dos documentos fiscais eram cobrados dos destinatários. Razões de defesa incapazes de elidir o feito fiscal, afigurando-se legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada (40%), prevista no inciso VII, artigo 55, Lei 6763/75, sobre a diferença apurada. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre emissão de documentos fiscais constando descontos fictícios na base de cálculo do imposto, acarretando recolhimento a menor do mesmo.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso VII, artigo 55, Lei 6763/75 referentes aos exercícios de 1997 e 2001.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 2.507/2.554, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 46.645/46.663.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 46.667/46.686, opina pela procedência parcial do Lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento decide converter o julgamento em diligência para que o Fisco (fls. 46.694): 1) esclareça a razão da não juntada da petição e documento de protocolo nº 003877, de 26-09-02, (51 fls) que ora estão sendo juntados pela Câmara; 2) manifeste-se quanto à petição e documento; Vista ao Autuado e posterior remessa dos autos à Auditoria Fiscal.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco, em atendimento à deliberação da 3ª Câmara, manifesta-se às fls. 46.747/46.748 e 46.751/46.753.

A Autuada, tendo vista dos autos, se manifesta às fls. 46.758/46.789.

O Fisco, por sua vez, replica às fls. 46.790/46.796.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 46.797/46.807, aborda o resultado da diligência proposta pela 3ª Câmara, ratificando, ao final, seu parecer anterior.

---

### **DECISÃO**

Cuida o caso em tela de imputação fiscal referente a emissão de notas fiscais consignando valores inferiores aos reais das respectivas operações, uma vez que os descontos concedidos, discriminados no campo "Dados Adicionais / Informações Complementares" dos documentos fiscais, eram cobrados dos destinatários.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso VII, artigo 55, Lei 6763/75, sobre a diferença apurada.

Apurou-se a diferença através do confronto entre as notas fiscais e declarações prestadas pelos destinatários, subsidiadas por pedidos que demonstravam que o valor real da operação era a soma do valor documento fiscal com o valor do desconto, estendendo-se a exigência para todos os documentos do período fiscalizado, qual seja, 1997 (janeiro a junho) e 2001 (janeiro a setembro).

A apuração do ilícito fiscal teve como marco inicial a denúncia às fls. 54/55, onde o Sr. José Lopes de Araújo, ex-motorista da Autuada, narra que a empresa vinha sonogando impostos desde 1.993, colocando descontos de até 30% em suas notas fiscais, mas recebendo ditos descontos de seus clientes da seguinte forma: um cheque, no valor da nota fiscal, de um banco e o falso desconto em cheque de outro banco ou a dinheiro. Pelas provas constantes dos autos, verifica-se, ainda, a emissão de notas promissórias para recebimento desses valores tidos como descontos.

Para sustentar suas assertivas, o referido denunciante anexou pedidos (alguns deles descrevendo dados relativos a cheques, no verso), acostados às fls. 99, 108, 110, 133, 137, 142, 183, 205, 218, 260, 264, 269, 271, 300, 308, 309, 321, 394, 399, 405, 426, 430, 443, 445, 447, 449, 451, 466, 476, 478, 490, 508, 514, 517, 525, 528, 531, 534, 537, 541, 547, 552, 555, 558, 561, 564, 566, 569, 572, 575, 577, 578, 579, 580, 581 e 585, notas fiscais, notas promissórias (fls. 464, 473, 483, 485, 494, 498, 501, 504, 507, 512, 523, 592 e 594), duplicatas (fls. 462, 472, 482, 496, 503, 510 e 595) e listagem de pedidos, ficando comprovado que o valor recebido por Massas Periquito S/A. era o valor do pedido, que por sua vez correspondia ao valor bruto da nota fiscal, ou seja, a soma do valor total da nota fiscal com o valor do desconto, como se vê dos exemplos infra:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) Pedido n° 59056 (fls. 142) e nota fiscal n° 061655 (fls. 143): consta no primeiro o valor total das mercadorias no importe de R\$ 200,94, enquanto na nota fiscal correspondente o valor total das mercadorias é de R\$ 140,55, já deduzido o desconto de 30%, destacado no campo “dados adicionais/informações complementares” do mesmo documento, no valor de R\$60,39. Efetuando-se a soma do desconto concedido com o valor total das mercadorias lançado na nota fiscal, obtém-se o valor do pedido ( $R\$200,94 = R\$140,55 + 60,39$ ). Este raciocínio, uma vez estendido aos demais pedidos contidos nas folhas acima enumeradas, leva à conclusão, indubitosa, de que a Autuada "subfaturou" suas operações, mediante a concessão de descontos fictícios/simulados, tudo com o objetivo claro de não oferecer à tributação pelo ICMS o valor total de suas operações.

b) Nota fiscal n° 167708 (fls. 461), Duplicata de mesmo número (fls. 462), Relatório de Romaneio de Carga (fls. 463) e Nota Promissória B67708 (fls. 464): o valor total dos produtos, já deduzido o desconto de 20% de R\$132,70 (fls. 461), é de R\$ 530,57 e gera a duplicata de mesmo n° e valor (fls. 462). Também o romaneio da carga (fls. 463), acusa o valor declarado na nota fiscal citada; entretanto, às fls. 464, temos a Nota Promissória n° “B67708” (os cinco dígitos conferem com dígitos finais da NF em questão), que, por sua vez, é do mesmo valor do desconto concedido de R\$132,70. Ora, se se trata de descontos comerciais, como sustenta a Defesa, qual a justificativa idônea para emitir-se Nota Promissória no valor exato desses descontos? Indubitavelmente, infere-se que a Autuada emitia a nota promissória para assegurar-se do recebimento do numerário correspondente, deixando com isso, no revés, entrever-se que ditos descontos comerciais são fictícios/simulados, sendo o valor real da operação aquele resultante da soma do valor total da nota fiscal e do valor do desconto destacado no campo “dados adicionais/informações complementares” da mesma nota fiscal.

A Fiscalização de trânsito de mercadorias, conforme documentos às fls. 23/53, autuou a Impugnante pelo "subfaturamento" praticado nos mesmos moldes do descrito na alínea “b” supra, confirmando, dessa forma, os fatos narrados na denúncia de fls. 54/55.

O Fisco, naquela ocasião, apreendeu notas fiscais acompanhadas por notas promissórias que refletiam o valor lançado como desconto nos documentos fiscais.

A citada autuação consubstanciou-se no Documento de Arrecadação Fiscal (DAF) n° 04.000114063-75. A Impugnante reconheceu o ilícito fiscal e quitou o crédito tributário correspondente, sendo uma comprovação inequívoca, juntamente com os outros elementos expostos, da prática do procedimento fiscal levado a efeito pela Empresa.

A par disso, o Fisco houve por bem ratificar os indícios de que dispunha, coletando, por amostragem (fls. 56, 69, 82, etc.), declarações de adquirentes dos produtos da Autuada acerca dos valores pagos por estes, isto é, procurou se certificar que o valor pago sempre correspondia ao valor dos pedidos e estes, ao valor total dos produtos, ou seja, o valor da nota fiscal somado ao do desconto concedido.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A reunião desses elementos gerou a relação de fls. 597/2.501, onde o Fisco desconsiderou os descontos destacados nas notas fiscais da Autuada e os ofereceu à tributação pelo ICMS, cujo resultado foi consolidado às fls. 06 dos autos.

A Defesa, apesar da farta documentação juntada aos autos, não logrou elidir a acusação fiscal.

Em nenhum momento de sua defesa, tanto nas intervenções dentro do processo quanto nas duas oportunidades em que se fez presente nas Sessões de Julgamento, a Autuada nada comentou sobre as provas inequívocas apresentadas pelo Fisco. Calou-se totalmente. Não fez qualquer comentário sobre a autuação em trânsito (DAF nº 04.000114063-75), a qual reconheceu como legítima, recolhendo, no ato, o valor correspondente aos cofres públicos. Não fez também nenhuma observação quanto aos pedidos apresentados pelo denunciante, os quais fazem parte do conjunto de provas trazido pelo Fisco.

Com efeito, afigura-se descabida a tese de que a autuação é arbitrária e absurda, na medida em que se verifica que as provas que a sustentam descaracterizam a boa-fé que dimana dos documentos emitidos pela Autuada, permitindo ao Fisco buscar as receitas omitidas à tributação, mediante a concessão de descontos fictícios/simulados.

A obtenção dos valores não oferecidos à tributação se constituiu na identificação das notas fiscais que continham os descontos indevidos e sobre eles fazer incidir o ICMS (fls. 597/2.501).

A amostra utilizada pelo Fisco logrou comprovar a prática da irregularidade em vários exercícios. Não obstante neste trabalho fiscal estar sendo exigido crédito tributário referente aos exercícios de 1997 e 2001, foi verificada documentação, também, de outros exercícios. Nesse sentido, o Fisco demonstra a prática da infração nos exercícios de 1995, 1997, 1999, 2000 e 2001 (fls. 46.648), o que denota que a Autuada promovia, com habitualidade, a não tributação de valores que faziam parte da base de cálculo do imposto, no caso, os descontos simulados.

Conclui-se, então, que o trabalho fiscal baseou-se nos próprios valores constantes dos documentos fiscais emitidos pela Autuada, dentro do período autuado, valores esses lançados no campo "dados adicionais/informações complementares" dos documentos fiscais sob a rubrica de "descontos".

A necessidade de adoção desta metodologia por parte do Fisco decorre da conjunção de alguns fatores.

Primeiramente, deve-se registrar que, apesar de não terem sido desclassificados ou desconsiderados os documentos fiscais emitidos pela Autuada, os mesmos não merecem fé pelo fato dos valores das mercadorias consignados neles não refletirem o valor real das operações, uma vez que eram lançados valores como descontos, sem que o fossem na realidade, uma vez que os mesmos eram pagos pelos clientes em separado, com o objetivo único de diminuir o débito apurado em cada mês.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, a autoridade fiscal, após verificar a irregularidade, não fica livre para lançar ou não o Contribuinte, ou mesmo para escolher a oportunidade de lançá-lo. O parágrafo único do artigo 142 do CTN imprime expressamente caráter "vinculado e obrigatório" à atividade de lançamento "sob pena de responsabilidade funcional" do agente público.

Segundo Maria Rita Ferragut, em *Presunções no Direito Tributário* (Ed. Dialética, 2001), "*a fiscalização tem o dever-poder de constituir o crédito tributário todas as vezes em que tomar conhecimento de fato jurídico, se o aplicador, constatando a presença de indícios que lhe confirmam certeza da ocorrência do fato, não efetuar o lançamento, aí sim estará agindo de forma não-vinculada, incorrendo em responsabilidade funcional*".

Detectada a prática de atos que resultam em falta de recolhimento do tributo devido, o Fisco tem o dever de apurar o imposto suprimido dos cofres públicos e para tanto precisa utilizar-se de meio e técnica idôneos para viabilizar a apuração dos valores.

O interesse público não só requer, mas impõe que, diante de atos simulatórios, o Fisco, repita-se, utilizando-se de meios idôneos, viabilize o lançamento e apure o imposto devido.

A Autuada, detentora de meios para contestar a acusação fiscal e os valores apurados pelo Fisco, não o fez, renunciando ao seu direito de apresentar contra-provas.

Nessa mesma linha de apresentação de provas, na Sessão de Julgamento de 20 de novembro de 2002, a 3ª Câmara deliberou pela juntada de documentos que tinham sido protocolados junto à Administração Fazendária de Governador Valadares, porém não tinham sido autuados no processo em razão de alegação, pela Repartição, de preclusão do direito de prática do ato, segundo parágrafo único, artigo 98, CLTA/MG.

Não obstante, a Câmara, considerando-se os princípios constitucionais de Ampla Defesa e do Contraditório, além de um dos princípios que regem o processo tributário administrativo, o da Verdade Material, juntou os documentos, solicitando manifestação de ambas as partes.

Os documentos anexados eram 19 (dezenove) declarações que divergiam daquelas coletadas pelo Fisco junto aos destinatários das mercadorias, declarações estas que evidenciavam que os valores pagos pelos destinatários eram a soma do valor da nota fiscal com o valor do desconto concedido.

Neste contexto, os destinatários promoveram novas declarações alegando, em síntese, que assinaram declarações já preenchidas pelo Fiscal; alegam que não tinham conhecimento do conteúdo das declarações e que o valor do pedido era o valor líquido da nota fiscal (sem considerar o desconto concedido).

Analisando-se essas novas declarações, chega-se a algumas conclusões.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso do declarante Arlindo Rodrigues da Silva (fls. 89/100), em sua contra-declaração há uma contradição gritante, qual seja, sustenta que a declaração apresentada pelo Fisco, para sua confirmação, estava em branco e ao mesmo tempo afirma que desconhece o que nela estava escrito manualmente. Contudo, voltando às compras realizadas pelo declarante, fls. 90/100, encontra-se o pedido n.º 54858 (fls. 99), que “acasalado” com a nota fiscal n.º 056517 (fls. 98), derruba não só a contra-declaração prestada por este adquirente, como todas aquelas que conduzem ao entendimento de que os valores pagos pelos clientes da Autuada (ou o valor real da operação) são os constantes das notas fiscais por ela emitidas.

No caso do declarante Armando Gonçalves de Souza (fls. 101/117), em sua contra-declaração deixa expresso que o Fiscal autuante lhe apresentou uma declaração já preenchida, sendo esta assinada por ele sem qualquer resistência. Acrescenta que suas compras são pagas pelo valor líquido das notas fiscais, e este, por sua vez, corresponde ao pedido respectivo. Tal como no caso anterior, os documentos de fls. 109/110 comprovam o contrário. Neles constata-se que o valor real da operação da Autuada corresponde, sempre, ao valor total lançado na nota fiscal adicionado da parcela referente ao desconto informado no campo "dados adicionais/informações complementares".

A mesma situação se repete a outros declarantes: José da Silva Coimbra (fls. 248/280), Lúcio Xavier Cardoso (fls. 291/306, com especial destaque para fls. 299/300), Maria Martins de Souza (fls. 307/330, com atenção especial para fls. 308/309 e 321/322), Carlos José de Almeida/Marcelo Rodrigues de Araújo (em nome da firma individual Walter Lúcio G. dos Passos, fls. 407/439, com especial relevo aos documentos às fls. 425/426 e 429/430), João Francisco Soares (em nome da firma individual Terezinha Altino Soares, fls. 392/402, atentando-se para os documentos às fls. 393/394 e 399/400), Aldemar Alves Pereira (fls. 172/189, com destaque para os documentos acostados às fls. 182/183) e Adenilson Ferreira (firmada em nome da firma individual Valdeci Ferreira, fls. 403/406, pondo-se em relevo os documentos às fls. 404/406).

Dentro deste prisma, insta destacar que das 19 contra-declarações trazidas à colação, em 10 (dez) constatou-se que as mesmas estavam divergentes das próprias provas materiais, no caso os pedidos, já constantes dos autos, numa comprovação inequívoca da ineficácia da Impugnante de produzir provas a seu favor.

Outros documentos, embora não se refiram a declarações ou contra-declarações, dão conta da prática do subfaturamento levado a efeito pela Autuada. Confira-se os documentos seguintes, a partir do adquirente neles destacado: Belizete Aparecida Lima Costa (fls. 118/133, em especial os de fls. 132/133), Comercial São Raimundo Ltda. (firmado por José Carlos do Nascimento – fls. 134/148, destaque para as fls. 137/138 e 141/143), João Carlos Pereira de Carvalho (fls. 196/212, pedido às fls. 320/322), José Bispo Duarte (fls. 215/219, pedido às fls. 218/219), Zeneida Contin (fls. 440/460, pedidos às fls. 442/454), Adriano de Souza Cerqueira (fls. 461/464, pedidos fls. 461/464 – NP, Duplicata) e Armazém Cota Ltda. (fls. 465/470, pedidos às fls. 465/466).

Por outro lado, o Fisco, e até mesmo a Auditoria Fiscal, chamou a metodologia, utilizada na apuração do crédito tributário, incorretamente de arbitramento. Porém, como se depreende dos elementos constantes dos autos, não houve qualquer tipo de arbitramento.

O artigo 52 e os seguintes do RICMS/96 tratam da possibilidade de arbitramento do valor da operação. No caso em tela, os valores das operações não foram arbitrados, mas extraídos dos próprios documentos fiscais emitidos pela Autuada.

O fato do Fisco ter mencionado no Auto de Infração o § 27, artigo 13, Lei 6763/75, o qual trata de arbitramento, em nada prejudica o feito fiscal. A metodologia utilizada não foi alterada por esta citação, tampouco ficou prejudicado o entendimento da matéria por parte da Impugnante.

Ademais, o artigo 60 da CLTA/MG prevê que “*as incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida*”.

O que o Fisco fez, na verdade, foi presumir que em todos os documentos fiscais emitidos no período fiscalizado, com concessão de desconto, o Contribuinte adotou o mesmo procedimento comprovado em várias operações dentro deste mesmo período.

Nesse sentido, a presunção levada a efeito pelo Fisco é plenamente legítima, segundo a doutrina.

Presunção, segundo Clovis Beviláquia é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido.

De acordo com Maria Rita Ferraguti, a presunção *hominis* ou *juris tantum*, caracteriza-se como uma proposição individual e concreta reveladora de um raciocínio lógico presuntivo realizado pelo aplicador da norma, que a partir do conhecimento de indícios, da inexistência de provas em sentido contrário a eles, e da relação de implicação estabelecida segundo o que ordinariamente acontece, forma sua convicção, declarando normativamente a existência de fato jurídico indiretamente conhecido.

Segundo a mesma autora, a presunção pode ser aplicada no direito tributário, sem ferir qualquer de seus princípios, desde que os indícios sejam graves, precisos e concordantes, ou seja, as relações do fato conhecido com o fato desconhecido sejam tais que a existência de um estabelece, por uma forte indução, a existência do outro; inexistir prova em contrário, apesar de ser possível apresentá-la.

Por fim, haja impossibilidade ou razoável dificuldade para que o Fisco busque com exatidão a verdade real ou a comprovação da simulação promovida pelo contribuinte.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Presentes tais requisitos, o que é incontroverso, resta concordar com a metodologia empregada pelo Fisco. Metodologia esta calcada nos próprios valores constantes dos documentos fiscais emitidos pela Impugnante.

Resumindo, o Fisco, ao se deparar com procedimentos do Contribuinte que deliberadamente reduzem o imposto devido, tem o dever vinculado de apurar o imposto devido e exigir os valores que foram suprimidos dos cofres públicos.

O Fisco elegeu metodologia idônea para apurar tais valores, sem contudo impedir a apresentação de contra-provas, o que efetivamente não ocorreu. O Fisco provou, por meio de provas indiciárias, a ocorrência de fato jurídico típico, previsto na regra-matriz de incidência do imposto. O fato típico efetivamente ocorreu e a certeza jurídica encontra-se presente.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor), que o julgava parcialmente procedente, para expurgar as exigências fiscais relativas ao arbitramento/presunção. Vencido, também em parte, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, que o julgava parcialmente procedente, para manter as exigências fiscais apenas nos casos em que se tenha, nos autos, a cópia da Nota Promissória no valor do desconto. O Conselheiro Antônio César Ribeiro apresentará voto em separado, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ubiraci Martins e o Dr. Dionísio F. Moreira Filho e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

**Sala das Sessões, 27/12/02.**

**Aparecida Gontijo Sampaio**  
**Presidenta**

**Edwaldo Pereira de Salles**  
**Relator**

Acórdão: 15.790/02/3<sup>a</sup>  
Impugnação: 40.010107977-26  
Impugnante: Massas Periquito S.A.  
Proc. S. Passivo: Ubiraci Martins/Outros  
PTA/AI: 01.000140313-78  
Inscrição Estadual: 277.044271.0013  
Origem: AF/Governador Valadares  
Rito: Ordinário

***VOTO PROFERIDO PELO CONSELHEIRO ANTÔNIO CÉSAR RIBEIRO, NOS TERMOS DO ART. 43º DO REGIMENTO INTERNO DO CC/MG.***

Versa o presente feito sobre a constatação de emissão de documentos fiscais constando descontos fictícios na base de cálculo do imposto, acarretando recolhimento a menor do tributo.

A exigência é de ICMS, MR e MI.

Pelo cotejo dos autos, percebe-se que o fisco buscou para lastrear essa acusação, o confronto entre notas fiscais, declarações prestadas por clientes e ainda pedidos de compras.

Inicialmente, a apuração do ilícito advém de uma denúncia de um ex-funcionário da empresa, onde este cidadão sugeriu a existência de descontos efetuados pela autuada a ordem de 30% em suas notas fiscais.

Da mesma forma, o fisco se convence do ilícito, tendo em vista um flagrante ocorrido em trânsito, onde o autuado nesta operação de trânsito, praticava o subfaturamento na mesma proporção da denúncia apontada.

Diante desse quadro e tomando como suporte os elementos materiais que dispunha e já noticiados aqui, o fisco “presumiu” que as operações não materializadas nos autos davam-se também sobre a égide do subfaturamento.

“Data maxima venia”, a tese fazendária é extremamente leonina, pois, em primeiro lugar, toma como suporte um número ínfimo de operações - menos de 5% - para sugerir que 100% delas são subfaturadas. Vejam que estamos falando de um número superior a 40.000 documentos que traduzem as operações da empresa.

A razoabilidade jurídica e a hermenêutica precisam ser aplicados aqui, tendo em vista que o subfaturamento não é só um ilícito tributário já que sabido que se trata também de um ilícito de ordem penal.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dentro desse contexto, não se pode admitir que operações NÃO MATERIALIZADAS NOS AUTOS sejam taxadas de subfaturadas, pois, insiste-se, somente a materialização do ilícito de maneira objetiva e analítica, e não indiciária, traduz a prática de subfaturamento.

Fazendo uma comparação, invocando aqui o foro penal para dar supedâneo a essa corrente a qual se filia no presente momento, percebe-se que ninguém poderá ser condenado por furto se o produto furtado não for achado; falta a prova material. No homicídio, por mais que hajam indícios inerentes a autoria, jamais admite-se a condenação de um réu, sem a prova material do vitimado: o corpo. Falta, repita-se, a prova material.

Não se pode admitir também, que alguém seja apenado de praticar subfaturamento, sem que exista naquele caso específico, a prova MATERIAL DE TAL CIRCUNSTÂNCIA, tendo em vista “arbitramento” ou “presunção”.

Não bastasse isso, até mesmo algumas provas indiciárias invocadas pelo fisco precisam ser vistas com reservas no caso presente destes autos, pois a razoabilidade jurídica afasta a convicção que a denúncia de um ex-empregado seja a verdade absoluta; a verdade real, já que se trata de elemento probante temperado pela “suspeição”, tendo em vista o “ânimo” em “prejudicar” que um denunciante com esse perfil detém. O próprio Código de Processo Civil elenca as hipóteses de “contradita” que ensejam, aí sim, a presunção que não se trata de uma denúncia ISENTA, e SIM PARCIAL.

De outro lado, há nos autos declarações de destinatários que informam que o fiscal autuante, no seu caso específico, teria lançado observações sem que o declarante tivesse conhecimento do conteúdo.

Com essas circunstâncias, não posso admitir, “data maxima venia”, que 100% das operações sejam gravadas sobre a égide do subfaturamento.

Os votos majoritários por sua vez, e aqui se pede “venia” para deles discordar também, prestigiaram em muito o que eles chamaram de “silêncio da defesa” sobre as provas apresentadas pelo fisco. Com o respeito que eles merecem, não verifiquei silêncio algum, muito ao contrário, a defesa nestes autos o que mais fez foi “estardalhaço”, tanto que anexou ao feito mais de 40.000 documentos para tentar ilidir o trabalho fiscal, documentos como declarações de destinatários, depósitos bancários, documentos contábeis e etc.

No mínimo, pelo menos em relação às operações não materializadas pelo fisco, a presunção que ficou é a de que o subfaturamento não ocorreu nos casos não comprovados pelo fisco através do confronto de documentos, pedidos e outros elementos. O que foi “arbitrado” ou “presumido” deve ser expurgado do trabalho fiscal.

Diante do exposto, julgo procedente em parte o lançamento, para excluir do crédito tributário os valores que foram objeto de arbitramento/presunção fiscal, pedindo “venia” aos votos majoritários.

Sala das Sessões, 27/12/02

**Antônio César Ribeiro**  
**Conselheiro**

JLS

CC/MIG