

Acórdão: 15.242/02/2ª
Impugnação: 40.010107105-07
Impugnante: Maria Aparecida do Carmo Cunha
PTA/AI: 01.000139682-87
Inscrição Estadual: 734.866.321.00-65 (Autuada)
Origem: AF/II/Carangola
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRA-FISCAL. Imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais (controles internos) apreendidos no estabelecimento da Impugnante. No entanto, não ficou suficientemente demonstrado que o crédito tributário apurado tenha espelhado a verdade dos fatos, ensejando assim o cancelamento das exigências fiscais com base no artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas através de controles internos.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 165/166, afirmando que o Auto de Infração é nulo pois o caderno no qual se baseia não lhe pertence, sendo de propriedade do Sr. Valdeci José da Cunha. Acrescenta ainda que é firma individual e, consta de todas as páginas do citado caderno a aposição de carimbo contendo o nome do verdadeiro dono. Assim pede a procedência de sua impugnação.

O Fisco, às fls. 170, manifesta-se contrariamente ao alegado pela defesa argumentando que a pessoa citada nas folhas do caderno, Sr. Valdeci José da Cunha, é sócio de fato da empresa autuada, pois da análise de diversos pagamentos feitos a fornecedores percebe-se que os mesmos constam tanto do caderno quanto do Livro de Registro de Entradas. Afirma também que outra comprovação da relação entre este Senhor e a Impugnante pode ser feita com base no fato de terem sido lançadas no caderno retiradas em favor de referido sócio. Por fim pede a improcedência da Impugnação.

O Fisco ao manifestar-se juntou os documentos de fls. 172/173 para demonstrar o vínculo do Sr. Valdeci José da Cunha com a Impugnante. Desta forma, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prazo legal, a Defendente compareceu aos autos para reiterar que a documentação apreendida em seu estabelecimento não lhe pertence, sendo de propriedade de outra empresa situada no Município de Miradouro/Minas Gerais.

Novamente o Fisco comparece aos autos, às fls. 180/181, ratificando os fundamentos da autuação e asseverando não existir o estabelecimento cujo titular seria a pessoa indicada no caderno.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 184/185, que resultam nas manifestações de fls. 191/195 e, em parecer conclusivo de fls. 197/203, opina pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

Por meio do lançamento ora discutido exige-se ICMS, MR e MI em face da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas através de controles internos.

Da Preliminar

Inicialmente cumpre observar que a Impugnante em todas as suas manifestações constantes dos autos ressalta exaustivamente que não é parte legítima para figurar na presente autuação tendo em vista que os controles internos utilizados pela fiscalização como fundamento da autuação não lhe pertenciam e consequentemente não pode lhe ser atribuída a autoria da irregularidade apontada no Auto de Infração.

Contudo, relativamente a este questionamento verificamos que o mesmo não merece prosperar haja vista que a apreensão do citado caderno ocorreu no estabelecimento da Impugnante. Ademais, esta apreensão ocorreu de maneira regular, tendo sido respeitadas as determinações existentes na legislação estadual. Inobstante a regularidade deste procedimento restou também apurado que as mercadorias relacionadas no mesmo possuíam perfeita correlação com as atividades da Impugnante.

Assim a tese não merece acolhida, vez que a apreensão se deu de maneira regular em seu estabelecimento (fls. 194 e 195) e as mercadorias que se coadunam com a atividade exercida pela Impugnante, qual seja, o “Comércio de gêneros alimentícios”, conforme Declaração de Firma Individual, de fls. 167.

Acrescente-se ainda que a Impugnante alega ser errônea sua eleição como sujeito passivo face ao fato de constar deste caderno carimbos com o nome do Sr. Valdeci da Cunha e não com o seu, demonstrando assim não ser a proprietária do mesmo. Apesar de todos estes argumentos, acreditamos que os mesmos demonstram-se frágeis e inábeis para lhe retirar a condição de sujeito passivo, pois desprovidos de elementos que levem à confirmação da assertiva, especialmente pelo fato de que a apreensão do caderno ocorreu no estabelecimento autuado. Assim, caberia à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnante provar que os lançamentos ali descritos têm vinculação com operações documentadas, praticadas por aquela terceira pessoa.

Ressalte-se, contudo, ser verídica a afirmação do sujeito passivo de que o senhor cujo nome consta das folhas do controle interno é sócio-gerente de empresa do mesmo ramo de atividade que a Impugnante, na cidade de Miradouro, neste Estado.

Apesar dos fiscais afirmarem que *“não foi identificado, em sua manifestação, o suposto estabelecimento comercial em que o Sr. Valdeci seria sócio-proprietário no município de Miradouro/MG”*, a consulta ao SICAF realizada pela Auditoria Fiscal, permitiu a identificação de que o referido senhor foi realmente sócio de *“Cunha & Filhos Ltda. ME”* e sócio-gerente de *“Mercado Lumarco Ltda.”*, ambas de mesmo C.A.E. da Impugnante e localizadas no Município informado.

Ainda assim, pelos argumentos anteriormente alinhavados, conclui-se que, sendo incontestado ser o terceiro o próprio filho da proprietária do estabelecimento autuado e tendo o caderno sido apreendido nas dependências do contribuinte, à Impugnante pode ser atribuída a titularidade do mesmo.

Desta forma, após analisarmos o questionamento de ilegitimidade passiva considerarmos correta a eleição da Impugnante como sujeito passivo não merecendo ser acolhida a prefacial argüida.

Do Mérito

Voltando à apreciação da peça impugnatória notamos que a mesma tem como principal argumento de defesa a alegação de que o Auto de Infração é nulo pois o caderno no qual se baseia pertence ao Sr. Valdeci José da Cunha. No entanto, como vimos inicialmente, o fato de constar deste caderno carimbos com o nome desta pessoa, sem outros elementos, não retiram a característica do mesmo pertencer à Impugnante tendo em vista ter sido sua apreensão efetivada no estabelecimento desta.

Conforme ressaltamos a Defesa em momento algum demonstra não ter realizado saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Contudo, verificando os documentos que ensejaram a lavratura do presente Auto de Infração percebemos a fragilidade dos mesmos, bem como dos argumentos fiscais que fundamentam esta irregularidade.

De plano incumbe afastar as exigências atinentes ao período entre janeiro de 1997 e março de 1998. É que a Impugnante, naqueles meses, enquadrava-se como microempresa que não emitia documentos fiscais e era isenta do recolhimento do ICMS, nos estritos termos do artigo 3º, inciso I, c/c artigo 4º, ambos do REMIPE, aprovado pelo Decreto n.º 34.566/93.

Conforme se depreende das telas do SICAF, de fls. 186, a Impugnante não foi desenquadrada de tal condição no período em tela, motivo suficiente para que se mostre inadequado imputar saídas desacobertas de documentos fiscais de quem se

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desobrigava de tal emissão, assim também imputar recolhimento de ICMS de quem era manifestamente isenta do imposto.

O artigo 35, inciso I, do então vigente REMIPE era claro ao prescrever:

“Art. 35 - O desenquadramento consiste na perda da condição de microempresa, de empresa de pequeno porte, de microprodutor ou de produtor de pequeno porte, e ocorre quando o contribuinte:

I - ultrapassar os limites de receita bruta anual, previstos nos artigos 2º, 7º, 9º e 12 conforme o caso;

.....”

Seria correto que o Fisco, entendendo ter o contribuinte excedido tal receita, com base no caderno apreendido, procedesse nos termos do artigo 36 e seguintes do mesmo diploma normativo, o desenquadramento *ex officio* e imputasse as exigências dali decorrentes. Todavia, não seguiu tal caminho, não se mostrando correto que as ilustres autoridades ignorem a condição do contribuinte, com a qual a própria Secretaria de Estado da Fazenda anuiu. Restam insustentáveis as exigências de janeiro de 1997 a março de 1998.

Acreditamos que a observação fiscal de existência de semelhança entre diversos pagamentos com base no fato de que alguns pagamentos feitos a fornecedores, no seu entendimento constam tanto do caderno quanto do Livro de Registro de Entradas e de que foram lançadas no caderno retiradas em favor do Sr. Valdeci da Cunha, é extremamente vaga além de não ser suficiente para embasar a lavratura de um Auto de Infração sem deixar margem a dúvidas.

Não existe comprovação de que as informações contidas no controle interno tratam efetivamente de receitas alcançadas pelo ICMS, nem de que estas refletem na verdade saídas de numerário, principalmente pelo fato de que alguns produtos no mesmo relacionados não dizem respeito à atividade desempenhada pela Impugnante. Ou seja, estas constatações levantam dúvida quanto a efetiva ocorrência de operações desacobertadas de documentação fiscal.

Analisando o procedimento adotado pelo Fisco, verifica-se que os valores considerados como sendo o “faturamento real” (fls. 08) têm origem nos lançamentos feitos no caderno apreendido (cópia às fls. 79 a 161). Em atendimento à diligência determinada pela Auditoria Fiscal, esclareceram os autuantes que “foi, portanto, utilizado o valor global mensal da movimentação financeira” como componente do dito faturamento.

Por essa metodologia, verifica-se que também irão compor a base de cálculo do ICMS ora exigido, valores a título de: “gasolina” (fls. 135), “aluguel casas” (fls. 115), “gás” (fls. 144), “coca-cola” (fls. 91), “antartica” (fls. 92), “cigarro” (fls. 93), “Brahma” (fls. 94), “salário e 13º” (fls. 123), “água e luz” (fls. 127), “escola” (fls. 87), “frete” (fls. 135).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É fácil perceber que tais descrições são específicas e traduzem, ora mercadorias cujas operações são sujeitas à substituição tributária, ora gastos incorridos pela firma (despesas) como os descritos acima. Inequivocamente, não se poderia exigir o ICMS sem levar em conta as informações que constam do caderno e adotando-se simplesmente “o valor global”.

Argüidas sobre a natureza de tais valores (fls. 184), as dignas autoridades autuantes informaram que o seu agir teve por supedâneo o disposto nos artigos 53, inciso IV e 54, inciso VIII da Parte Geral do RICMS/96, c/c o artigo 148 do Código Tributário Nacional.

No entanto, as informações contidas no controle interno em questão não permitem que se afirme, com segurança, tratar-se de receitas alcançadas pelo ICMS. A fim de elucidar a assertiva, podemos tomar o exemplo adotado pela Auditoria Fiscal relativo ao dia 17 de novembro de 1998 (fls. 160). Nele, temos a soma dos valores relativos aos seguintes itens: “Banco” + “Biscoito” + “Gasolina” + “Feijão” + “Frete” + “M. Pastel” + “Dinheiro”. Os valores aos quais se relacionam os itens descritos estão somados na coluna da direita, como um totalizador diário. A soma dos totalizadores diários é exatamente o valor descrito na coluna “faturamento real” (fls. 08) para o mês de novembro de 1998.

Poder-se ia indagar, então, que tais valores refletem, na verdade, as saídas de numerário, já que não se trata a Impugnante de um comércio varejista de combustíveis e há valor lançado a título de “gasolina”. Outro motivo para se concluir neste sentido seriam os exemplos trazidos pelos autores do feito, às fls. 171, de compras efetuadas e lançadas no caderno. Contudo, tal inferência também estaria equivocada. Veja-se que no dia 1º do mesmo mês (fls. 159), consta um único valor, cuja natureza é “venda” e que também se soma àquele na totalização mensal.

Dada a diversidade de atributos dos valores descritos no caderno objeto da apreensão, dúvida razoável surge quanto à efetiva ocorrência de operações desacobertadas de documentação fiscal.

Repisando os fundamentos expostos acima, reafirma-se a inaplicabilidade dos dispositivos do RICMS apontados, para o período em que o contribuinte era microempresa isenta do Imposto. Para o mais, inicialmente o Fisco deveria demonstrar cabalmente a falta de emissão regular de documentos fiscais, a fim de justificar o arbitramento das operações, o que de fato não se deu.

Ainda que se entenda que o caderno descreva operações omitidas, o artigo 54, inciso VIII do RICMS/96, que o Fisco pretende adotar como parâmetro para o arbitramento, toma por base “recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios, titular da firma individual, acionista controlador da companhia, ou por terceiros, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem demonstradas”, hipóteses que não condizem com o teor do controle interno apreendido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outro aspecto a ser destacado no trabalho fiscal é a consideração dos valores das entradas, agregados de 30%, como sendo as saídas, das quais se subtraiu o “*faturamento real*”. Semelhante proceder não encontra amparo na legislação aplicável. Ademais, consultando as telas do SICAF, tem-se que o contribuinte informou valores de receita bruta a partir do segundo trimestre de 1998 em suas DETRI (fls. 187 a 189).

Quanto ao tema, uma vez mais questionados (fls. 184), os nobres fiscais responderam que o contribuinte deixou de atender à solicitação do TIAF, de apresentação de documentos fiscais de saídas e do Livro Registro de Saídas.

Porém, ainda segundo se extrai do SICAF, a Impugnante requereu AIDF, tanto em 25 de setembro de 1997, como em 23 de outubro de 1998 e o Fisco não esclarece a destinação dos documentos. Além disso, não existe qualquer registro de declaração de inidoneidade dos mesmos, motivos suficientes para se inadmitir os valores adotados pela fiscalização para representar as saídas.

A desconsideração dos valores informados na DETRI não foi justificada, não se admitindo como procedimento alternativo o que foi levado a efeito pelo Fisco.

Entendemos ainda imprópria a adoção da alíquota de 7% para o ICMS exigido. O respaldo legal do lançamento neste item é a previsão do item 23 do Anexo IV, de redução da base de cálculo em saídas em operações internas para itens que relaciona, chegando a uma carga tributária de 7%. Todavia, como já exposto, as “*saídas*” que supostamente constam dos controles internos não se restringem àquelas traçadas na norma citada.

Dispõe o RICMS/MG em seu Anexo X com efeitos de 01/01/98 a 31/03/2000 e redação dada pelo artigo 3º do Decreto n.º 39.527/98, *in verbis*:

“Art. 30 - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não é aplicável:

.....

VIII - à operação ou à prestação de serviço desacobertada de documento fiscal.

.....”

Hoje vige a mesma prescrição:

“Art. 46 - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não é aplicável, observado o disposto no § 2º do artigo 47 deste Anexo:

.....

IX - à operação ou à prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, ou com documento falso ou inidôneo, ainda que objeto de denúncia espontânea.

.....”

Esclareça-se, então, que o Fisco deveria considerar tanto os itens que não espelham operações, como aqueles alcançados pela substituição tributária e as diversas alíquotas aplicáveis, estabelecendo, no mínimo, uma proporcionalidade conforme as entradas.

Desta forma, temos que restam dúvidas quanto à ocorrência efetiva ou não de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal visto que a fiscalização baseou-se em dados frágeis na apuração da irregularidade.

Neste sentido, evidencia-se cabível a aplicação do disposto no artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

.....

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

.....”

Portanto, devem ser excluídas as exigências relativas à alegada saída de mercadorias desacobertas de notas fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento com base no artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Roberto Nogueira Lima (Revisor), José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 27/11/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora

LMMP/EJ/TAO