

Acórdão: 17.290/07/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117213-08
Impugnante: Fogos Trovão Ltda
Proc. S. Passivo: Mayron Campi Lima Barbosa/Outro(s)
PTA/AI: 01.000151539-31
Inscrição Estadual: 353.730166.00-92
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONTA CAIXA/SALDO CREDOR. Diante da constatação de empréstimos não comprovados, o § 3.º do art. 194 do RICMS/02 autoriza a presunção de saída desacoberta de documento fiscal. Trata-se de presunção relativa, cabendo à Autuada comprovar a origem e o efetivo ingresso do numerário na conta “caixa” para descaracterizá-la. Se os documentos apresentados são insuficientes para a comprovação dos empréstimos, afigura-se correta a exigência de ICMS e de acréscimos legais. Não obstante, em tais casos, deve o Fisco se pautar pelo princípio da razoabilidade (art. 13 da Constituição Estadual), buscando aproximar a exigência fiscal da natureza das operações efetivamente realizadas pela Autuada, por meio de proporcionalidade, que leve em consideração as diversas alíquotas normalmente aplicadas pelo sujeito passivo.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE LIVRO FISCAL – LIVRO REGISTRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E DO ESTOQUE. Estando o contribuinte classificado como estabelecimento industrial, são obrigatórias a escrituração e a entrega ao Fisco, quando solicitada, do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque. Infração caracterizada. Não obstante, a multa cabível é aquela de que trata a alínea “a” do inciso XXXV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75 e não a penalidade aplicada, baseada na alínea “b” do referido inciso, sendo necessária a sua adequação.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação, conforme relatório do Auto de Infração (fls. 03 e 04), versa sobre as seguintes irregularidades: 1) saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, apurada mediante levantamento de caixa/saldo credor (situação caracterizada pela existência de recursos não comprovados na conta “caixa”) e 2) falta de escrituração de livro fiscal (Registro de Controle da Produção e do Estoque).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigem-se ICMS, multa de revalidação (art. 56, II, da Lei n.º 6.763/75), juros de mora e multa isolada (art. 54, inciso XXXV, “b”, e art. 55, II, “a”, da Lei n.º 6.763/75), pela infringência dos seguintes dispositivos: art. 16, III, VI, IX, XIII e XVII, da Lei n.º 6.763/75 e artigos 96, III, X, XVII e XIX; 127; 160, III; e 193 do RICMS/02.

Constam do PTA: TIAF (fl. 02), AI (fls. 03 a 05), Relatório Fiscal (fls. 06 a 08), intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 10), termo de prorrogação de TIAF (fl. 11), termo de intimação fiscal para apresentação de documentos que comprovem o ingresso de numerário na conta “caixa” (fls. 12 e 13), declaração da empresa sobre sua escrituração contábil (fl. 14), correspondência da empresa acerca dos empréstimos obtidos (fls. 16 e 17), cópias das declarações de ajuste anual do Imposto de Renda Pessoa Física dos exercícios de 2004 (ano-calendário 2003) e 2005 (ano-calendário de 2004) do sócio Sidônio Fernandes do Couto Patusco (fls. 18 a 33) e cópias de contratos de mútuo entre o sócio Sidônio Fernandes do Couto Patusco e a Autuada (fls. 34 a 36); cópias de contratos de mútuo entre o sócio da Autuada Sidônio Fernandes do Couto Patusco e pessoas físicas (fls. 37 a 45); livro Caixa (de n.º 000006) da Autuada (fls. 48 a 89) e livro Caixa (de n.º 000007) da Autuada (fls. 90 a 142).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído (fls. 172 a 178), Impugnação às fls. 144 a 170. O Fisco se manifesta às fls. 299 a 306.

A Autuada, em sua Impugnação, em síntese, alega, preliminarmente, a ausência de requisitos legais necessários à lavratura do Auto de Infração e a sua nulidade, pela não-entrega do Termo de Início de Ação Fiscal. Aduz que autuação está baseada em presunção de saídas internas de fogos de artifício, tributadas a 25%, enquanto que a Autuada realiza a maior parte de suas operações (85%) para outros Estados, com alíquotas de 7% e 12%, além de também fabricar e comercializar outros produtos (pólvora, alumínio em pó e nitrato de potássio), que não estão sujeitos à alíquota de 25%, nas operações internas. Assevera que a atividade exercida pela Autuada é rigorosamente controlada pelo Exército brasileiro, desde a aquisição de insumos até a fabricação e a comercialização dos produtos, não havendo possibilidade de realização de operações desacobertas de documento fiscal. Aduz que a presunção prevista no RICMS/02 não pode prevalecer, tratando-se de mercadorias controladas rigorosamente pelo Exército brasileiro. Menciona que a doutrina rejeita a presunção como fundamento de lançamentos tributários e que caberia ao Fisco diligenciar na busca de provas, tais como a realização de levantamento quantitativo de estoque e pedido de informações ao Exército brasileiro. A Autuada diz, ainda, que os recursos registrados na conta “caixa” são provenientes de empréstimos tomados de pessoas físicas por seu sócio, conforme demonstram as cópias de declarações de imposto de renda, de contratos firmados e de notas promissórias. Afirma que a multa isolada aplicada com base no art. 54, XXXV, “b”, da Lei n.º 6.763/75 está incorreta, e que, se fosse o caso, a multa deveria ter sido aplicada com base na alínea “a” do referido dispositivo. Tece considerações sobre o caráter acessório das multas (de revalidação e isolada), solicitando o seu cancelamento em face da improcedência da exigência do ICMS com base em saída desacoberta de documento fiscal. Requer perícia e formula quesitos. Pede, finalmente, que seja julgado improcedente o lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco, por sua vez, em sua manifestação, em síntese, aduz que o TIAF encontra-se no PTA à fl. 02, tendo sido recebido e assinado pelo contador. Diz que a realização do levantamento quantitativo de estoque ficou inviabilizada pela ausência de escrituração do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque. Diz que caberia à Autuada trazer a lume documentos revestidos de força probante para comprovar a origem e o efetivo ingresso dos recursos na conta “caixa”. Esclarece que as cópias das declarações do imposto de renda do sócio Sidônio Fernandes do Couto Patusco referem-se a declarações retificadoras, enviadas em 01/11/05, após a intimação do Fisco estadual (em 26/10/05). Argumenta que, quanto aos empréstimos supostamente realizados pelo ex-sócio Bruno C. Fonseca, nada foi apresentado ou mencionado na Impugnação. Cita o art. 282 do Regulamento do Imposto de Renda e o art. 49 da Lei n.º 6.763/75. Menciona o art. 195, § 2.º, V, “b”, do RICMS/02 para justificar a adoção da alíquota de 25% na apuração do ICMS devido pelas saídas desacobertas de documento fiscal. Tece considerações sobre a natureza e o alcance da fiscalização efetuada pelo Exército brasileiro. Ressalta que a exigência de ICMS por saída desacoberta de documento fiscal, no caso dos autos, encontra respaldo no art. 194, § 3.º, do RICMS/02 e no art. 110 da CLTA/MG. Defende o acerto da aplicação da penalidade de que trata o art. 54, XXXV, “b”, da Lei n.º 6.763/75. Finalmente, solicita que o lançamento seja considerado procedente.

Estando, inicialmente, o PTA submetido ao rito ordinário, houve o indeferimento pela Auditoria Fiscal do pedido de perícia (fl. 310). Contra o indeferimento, a Autuada apresentou Recurso de Agravo (fls. 313 a 316).

A Auditoria Fiscal determinou a realização de diligência (fl. 321), para que o Fisco: 1) esclareça se o contribuinte foi intimado, nos termos do art. 96, XXI, do RICMS/02, a escriturar o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque e 2) informe a que tipo de operações/produtos se referem os valores demonstrados às fls. 292 e 294, que constam dos campos “isentas/não tributadas” e “outras”.

O Fisco cumpre a diligência às fls. 322 a 324: 1) informando que o sujeito passivo foi intimado a apresentar o LRCPE em 08.08.05, conforme documento de fl. 10; e 2) discriminando o CFOP das operações isentas e não tributadas relacionadas.

Exarou-se o despacho de fl. 325, esclarecendo que, em face do disposto no Decreto n.º 44.380, de 05.09.06, o presente PTA passou a ser submetido ao rito sumário.

Em sessão realizada no dia 16.10.06, em preliminar e à unanimidade, “converteu-se o julgamento em diligência para que o Fisco demonstre como ficaria o crédito tributário caso fossem adotadas as alíquotas interestaduais (7% e 12%) considerando-se a proporcionalidade das saídas registradas do Contribuinte” (fl. 327).

O Fisco cumpre a diligência determinada pela 2.ª Câmara de Julgamento às fls. 329 a 332.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registro da abertura de vista à Autuada (fls. 334 e 335) e manifestação da mesma (fl. 336). A Autuada questiona o critério utilizado para o cálculo da multa isolada, aplicada com base no art. 55, II, “a”, da Lei n.º 6.763/75.

Nova manifestação do Fisco às fls. 339 e 340, que retifica o cálculo da multa isolada, mantendo os valores originais do AI.

Saneamento prévio registrado à fl. 308, indicando a não-constatação de reincidência para a Autuada, em relação ao art. 54, XXXV, da Lei n.º 6.763/75.

DECISÃO

Das Preliminares

Rejeitam-se as arguições de nulidade do Auto de Infração.

Data venia, não fazem sentido as assertivas da Autuada, quanto à ausência de requisitos legais necessários à lavratura do Auto de Infração. Afirmar a Autuada que o AI foi lavrado fora dos parâmetros da legislação de regência e com prejuízo aos princípios da ampla defesa e do contraditório, além de não ter sido realizado levantamento quantitativo do estoque nem feita a indicação do produto que supostamente circulou sem documento fiscal.

A autuação se baseia na existência de numerário na conta “caixa” sem comprovação de sua origem e de seu efetivo ingresso, circunstância que autoriza a presunção de saída desacombertada de documento fiscal, em face do disposto no § 3.º do art. 194 do RICMS/02, que prevê:

Art. 194. (...)

§ 3º O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta “Caixa” ou equivalente, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacombertadas de documento fiscal.

(...)”

Portanto, o trabalho fiscal realizado dispensa a realização de levantamento quantitativo de estoque, e não faz sentido a alegação de ausência de indicação do produto que teria saído sem documentação fiscal.

Também não há como prosperar a alegação de prejuízo aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois o relatório do AI (fls. 03 e 04) e o Relatório Fiscal de fls. 06 a 08 são minuciosos, oferecendo todos os elementos possíveis à Autuada para entender o trabalho realizado. A prova mais evidente de que não houve qualquer prejuízo à ampla defesa e ao contraditório é a própria Impugnação apresentada, de 27 folhas, acompanhada de farta documentação (fls. 179 a 294).

Sem sentido, também, a alegação de falta de Termo de Início de Ação Fiscal. O documento encontra-se à fl. 02, no qual se vê o recebimento do mesmo, em 14.05.05, pelo contabilista da Autuada, conforme informação do Fisco (fl. 301).

Indefere-se o pedido de perícia. O art. 116 da Consolidação da Legislação Tributária e Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto n.º 23.780, de 10.08.84, estabelece que o requerimento de perícia será indeferido, quando esta for desnecessária para elucidar a questão (inciso I do art. 116 da CLTA/MG), quando suprível por outras provas produzidas (inciso II), ou quando for meramente protelatória (inciso IV). É este o caso dos autos. O TIAF encontra-se à fl. 02 (quesito 1), o levantamento quantitativo de estoque e os livros Registro de Saídas e Registro de Entradas (quesitos 2 e 3) são desnecessários, em face de autuação estar fundamentada no § 3.º do art. 194 do RICMS/02, e a intimação do Exército brasileiro não tem qualquer relevância para apuração de saídas desacobertas de documento fiscal (quesito 4). Aliás, antes da alteração do rito deste PTA (que passou de ordinário para sumário), a Auditoria Fiscal já havia indeferido o pedido de perícia (fl. 310). Tanto na Impugnação como após o Recurso de Agravo (fls. 313 a 316), a realização da perícia revela-se desnecessária.

Do Mérito

Afigura-se irrelevante a questão trazida pela Autuada, relativamente ao controle exercido pelo Exército brasileiro de sua atividade. A presunção de que trata o § 3.º do art. 194 do RICMS/02 não é absoluta, cabendo à Autuada, para desfazê-la, comprovar a origem e o efetivo ingresso do numerário. A questão é singela, e a análise passa tão-só pela avaliação dos documentos trazidos para esta comprovação. Qualquer outra discussão não tem pertinência. Até por que o Exército brasileiro não é onisciente ou onipresente, para efetivamente acompanhar toda a atividade exercida pela Autuada e por todas as demais empresas do ramo. Ainda que rigoroso, não há como dizer que o controle do Exército brasileiro não seja isento de falhas. Ainda que fosse, remanesceria a questão da comprovação da origem e do efetivo ingresso do numerário na empresa, que é o que importa para descaracterização da presunção, nada mais.

Quanto a essa comprovação, a Autuada não logrou êxito em fazê-la. Todos os elementos trazidos são frágeis: são documentos produzidos pelos próprios interessados, sem interveniência de terceiros, tais como registros contábeis, contratos de mútuo sem o reconhecimento de firma (o que comprovaria, pelo menos, a sua realização ao tempo dos fatos) e sem assinatura de testemunhas, e notas promissórias. Os registros contábeis não comprovam nada, exceto o fato de que foram feitos. A comprovação dos fatos deve ser feita pelos documentos nos quais esses registros se basearam. A Autuada afirma que “a utilização de movimentação em dinheiro, em vez da bancária, é comum neste ramo empresarial, notadamente na região da empresa impugnante, por razões diversas, até mesmo culturais, a exemplo da construção civil”. Entretanto, não é crível a realização de empréstimos feitos em dinheiro, nos montantes verificados nos autos e com a facilidade revelada. Pela informação de fl. 16, o Sr. Sidônio Fernandes do Couto Patusco levantou, em apenas três dias (30/06/03, 01 e 02/07/06), a importância de R\$ 100 mil, em dinheiro, de cinco pessoas diferentes que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mantinham consigo - quatro delas - valores iguais ou superiores a R\$ 20 mil em espécie. Neste caso, duas delas - Alice das Dores Patusco e Bertha Gabriela Melo Costa - residem em Belo Horizonte, conforme se vê dos contratos de mútuos de fls. 37 e 38, portanto, fora das influências “culturais” da região de localização da empresa. Posteriormente, em dois dias (03 e 04/09/03), o Sr. Sidônio levantou mais R\$ 60 mil, também em espécie, de quatro pessoas: dois valores de R\$ 5 mil obtidos novamente de Alice das Dores Patusco e Bertha Gabriela Melo Costa, que residem em Belo Horizonte, e dois outros valores de R\$ 25 mil. Além disso, o fato de ser retificadora a declaração de Imposto de Renda, feita em data posterior à intimação do Fisco, fragiliza a prova apresentada.

Por outro lado, não agiu com razoabilidade o Fisco, ao presumir apenas a realização de operações internas com fogos de artifício, sujeitas à alíquota de 25%. Cabe mencionar que, no caso dos autos, o Fisco não está vinculado à regra prevista no art. 195, § 2.º, V, “b”, do RICMS/02, pois ela refere-se especificamente à verificação fiscal analítica, procedimento que não foi utilizado na presente situação. O princípio da razoabilidade, previsto no art. 13 da Constituição do Estado, limitando e moldando a atuação da administração pública estadual, impõe a aplicação da proporcionalidade das alíquotas, consoante demonstração de fls. 339 e 340. Tal procedimento, inclusive, legitima a presunção prevista no § 3.º do art. 194 do RICMS/02, pois aproxima a sua aplicação da realidade das operações normalmente efetuadas pela Autuada.

Vale ressaltar que a aplicação da proporcionalidade não altera o valor da multa isolada aplicada com base no art. 55, II, da Lei n.º 6.763/75, uma vez que o parâmetro é o valor da operação, que não se alterou. Nos demonstrativos de fls. 339 e 340, a penalidade isolada permanece com o valor de R\$ 83.200,00, idêntico ao indicado no Relatório Fiscal, à fl. 08.

Consoante o disposto no art. 160, § 3.º, do RICMS/02, o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque será utilizado pelo estabelecimento industrial, ou por estabelecimento a ele equiparado pela legislação federal, e pelo atacadista, podendo, a critério do Fisco, ser exigido de estabelecimento de contribuinte de outra categoria com as adaptações necessárias. Portanto, a Autuada está obrigada à escrituração e à entrega do referido livro, quando solicitada pelo Fisco, estando caracterizada a infração. Entretanto, quanto à aplicação da penalidade prevista no art. 54, XXXV, “b”, entende a 2.ª Câmara de Julgamento que a aplicação da alínea “b” depende da prévia aplicação da multa de que trata a alínea “a”. Ou seja, se a irregularidade se verifica dentro do prazo de validade do TIAF, que é o caso dos autos, a penalidade a ser aplicada é a da alínea “a”. A alínea “b” só seria aplicável, posteriormente à ação fiscal, na hipótese de o contribuinte não ter escriturado o livro e após a intimação. Desta forma, impõe-se a adequação do Auto de Infração, com a correção da penalidade.

Diante do exposto, ACORDA a 2.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração e em indeferir o pedido de perícia, e, no mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para adequar a Multa Isolada do item 1 do Auto de Infração ao disposto na alínea “a” do inciso XXXV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75 (valor de 1.000 UFEMG) e adotar, quanto ao item 2 do Auto de Infração, a proporcionalidade das alíquotas conforme demonstração de fls. 339/340. Vencido, em parte, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselheiro José Eymard Costa (Relator), que não aplicava a proporcionalidade das alíquotas de acordo com a manifestação fiscal de fl. 303 e o disposto no art. 195 do RICMS/02. Vencida, também em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que considerava, ainda, para efeito da apuração do crédito tributário, o valor do empréstimo realizado pelo sócio da Impugnante demonstrado pela Declaração do Imposto de Renda de fls. 191/204, nos termos do item 4.4 da Impugnação de fls. 164/167. Designado Relator o Conselheiro Jefferson Nery Chaves. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Leonardo de Castro Francisco; e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Ilma Maria Corrêa da Silva. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 31/01/07.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Jefferson Nery Chaves
Relator Designado