

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.003/09/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000158408-49
Impugnação: 40.010123178-70
Impugnante: Scherrer & Merklein Indústria e Comércio Ltda.
IE: 543055176.00-60
Proc. S. Passivo: Glaydson Sarcinelli Fabri/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se mediante levantamento quantitativo de tampa de galão de água mineral de 20 (vinte) litros, que a Autuada promoveu saídas desacobertas de água mineral. Exigências de ICMS/ST, multa de revalidação em dobro conforme o art. 56, inc. II, § 2º, inc. III, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da mesma Lei. O trabalho fiscal alicerça-se em técnica idônea prevista no art. 194, inc. II, da Parte Geral, do RICMS/02. Corretos os dados inseridos no mencionado levantamento, os quais foram extraídos dos documentos fiscais da Autuada, do livro Registro de Inventário e da contagem física de tampas existentes em estoque no último dia do período autuado. Acolhido o percentual de perdas de tampas no processo produtivo da empresa de 10% (dez por cento). Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas desacobertas de 1.239.463 galões contendo o produto água mineral Krenak (galão de 20 litros), nos exercícios de 2006, 2007 e no período compreendido entre de 01/01/08 a 18/03/08, constatadas mediante levantamento quantitativo de material de embalagem (tampa para garrafão de 20 litros).

Pelas irregularidades constatadas está sendo exigido ICMS/ST, multa de revalidação em dobro a teor do art. 56, inc. II, § 2º, inc. III, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da mesma Lei.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fl. 54); Auto de Infração - AI (fls. 02/03); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCM (fl. 04); Relatório Fiscal (fls. 05/07); Demonstrativo do Crédito Tributário (fl. 08); Planilhas I a III – Levantamento Quantitativo – exercício fechado – relativo a 2006 (fls. 09/23) Planilhas IV a VI – Levantamento Quantitativo – exercício fechado – relativo a 2007 (fls. 24/46); Planilhas VII a IX – Levantamento Quantitativo – exercício aberto – relativo ao período de 01/01/08 a 18/03/08 (fls. 47 a 53); Levantamento Quantitativo – Termo de Intimação para contagem física de mercadorias (fl. 56); Levantamento Quantitativo – Declaração

de Estoque em 18/03/08 (fl. 57); nota fiscal inutilizada para contagem física de estoque (fl. 58); cópia do livro Registro de Inventário (fls. 60/68); cópias de notas fiscais de aquisição de tampas para garrafão de 20 litros (fls. 70/89); Intimação para apresentação de perdas no processo industrial e informações sobre estorno de crédito referente às perdas, com resposta da Autuada (fls. 91/92); cópia da Nota Fiscal de Saída nº 004.679, emitida em 14/05/08, constando saídas de sucatas de tampas (fl. 94) e quartas vias das notas fiscais de saídas (fls. 96/2.168).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 2.171/2.191, acompanhada dos documentos de fls. 2.192/2.255, onde alega, sucintamente, o abaixo.

Sustenta que o AI deve ser declarado nulo, em preliminar, visto se encontrar viciado com informações que não merecem crédito, já que foram produzidas por sócio sem habilitação e conhecimentos aprofundados, além de sem condições físicas ou psíquicas para acompanhar o trabalho fiscal. Tal trabalho deveria ser acompanhado pelo sócio administrador da empresa e não pelo sócio capitalista, como o foi, o qual atendeu a Fiscalização apenas por questão de cordialidade.

Aduz que o Código Civil impõe à pessoa do administrador responder pela sociedade, a ele são cabíveis os atos de gestão e não se pode presumir que qualquer sócio tenha tal poder. Afirma que o sócio não administrador não tem legitimidade para praticar atos de gestão.

Afirma que o sócio administrador nem sempre se encontra disponível para o trabalho fiscal, vez que o mesmo não é previamente agendado. Diante disso, aduz que a fiscalização poderá determinar data ulterior para, junto com o administrador, empreender os trabalhos de fiscalização.

Junta comprovação de que a sócia capitalista, que acompanhou os trabalhos fiscais, teve deferido, à época, pedido de auxílio-doença concedido pela Previdência Social, estando sem condições físicas ou psíquicas para o labor.

Alega que o estado de saúde na qual se encontrava impediu a sócia de informar à Fiscalização sobre a existência de um segundo depósito, acessível somente por meio de escada e onde se encontravam tampas descartadas do processo produtivo por defeito. Sustenta, inclusive, que a Fiscalização sabia das saídas de tampas defeituosas, citando tal fato no relatório fiscal.

Aduz que a Fiscalização presumiu que a perda no processo produtivo é zero. Afirma que a sócia capitalista, que não tinha habilitação para apresentar as dependências da empresa, muito menos teria habilitação para responder sobre o percentual de perdas no processo produtivo. Conclui que a Fiscalização foi contraditória ao admitir existir perdas e considerar que o percentual de perda é zero.

No mérito, sustenta que o trabalho não poderia ser desenvolvido, observando exclusivamente o item TAMPAS, desconsiderando outros “insumos”. Cita e transcreve decisões a respeito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sustenta que o Fisco não considerou as perdas no processo industrial. O processo de tamponamento até dezembro de 2007 era manual e proporcionava perdas que a Fiscalização deixou de considerar. Afirma que a existência de perdas é citada pela própria Fiscalização no relatório fiscal, quando da citação da nota fiscal de venda de tampas com defeito, emitida em data posterior à ação fiscal e que tal fato (a data posterior) é irrelevante.

Afirma que o Fisco deixou de considerar as perdas porque sua informante deixou de indicar o percentual de perda existente e não tinha informações sobre a automatização do processo de tamponamento, a partir de dezembro de 2007.

Ratifica que há perdas no processo, comprovadas, inclusive pela emissão, apesar de posterior, de tampas com defeito e que, o equívoco na escrita em não lançar tais perdas, não pode transformá-las em saídas desacobertas. Afirma que a não apresentação das tampas descartadas não faz presumir que o percentual de perda é zero.

Reitera a existência de estoque no estabelecimento, à época da ação fiscal, não conferido pela Fiscalização por desconhecimento da sócia capitalista. Tal estoque se encontrava em depósito não conferido e que continha valor sensível. Informa que este depósito se encontra à disposição do Fisco para conhecimento e análise do quantitativo estocado.

Sustenta ser impossível adentrar em todas as dependências de sua sede vez que todo o trabalho da Fiscalização se resumiu a um único dia. Questiona sua falta de participação no trabalho fiscal, o que impossibilitou a apresentação de informações imprescindíveis, como por exemplo, a existência de um segundo depósito.

Aduz que a não verificação de todo estabelecimento gera a improcedência do lançamento, alegando que a Fiscalização se limitou a destacar no trabalho: “contagem física de mercadoria em estoque”, não destacando em quantos compartimentos tal mercadoria estaria alocada.

Afirma que por inocência, visto estar sediada no meio rural, com limitações diversas, comete equívocos consideráveis no que tange ao Registro de Inventário e ao controle quantitativo de mercadorias e que procedera ao descarte de tampas danificadas sem qualquer registro por entender desnecessário. Completa afirmando que tal equívoco, por si só, não produz a materialidade da infração.

Apresenta apuração semelhante ao trabalho fiscal, utilizando o insumo LACRE, demonstrando que, pela quantidade de lacres saídos do estabelecimento, a capacidade de produção da empresa é um tanto quanto alguém dos números levantados no trabalho fiscal.

Aduz que, conforme laudo técnico, a capacidade produtiva da fonte utilizada pela empresa é incompatível com os valores apurados pelo Fisco, reiterando que o trabalho não poderia ser feito, observando somente as tampas.

Sustenta que a empresa cumpre importante função social e que o presente AI iria provocar demissões e desaquecimento do comércio local.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isto posto, requer a procedência da Impugnação e que, caso o lançamento não seja julgado improcedente, que seja considerada a capacidade produtiva de 360.000 galões/ano, lastreado em laudo técnico.

Requer ainda, em última instância, a aplicação do permissivo legal para cancelamento ou redução da multa isolada aplicada e aplicação da Multa de Revalidação capitulada tão somente no artigo 56, inciso II, da Lei nº 6763/75.

Da Manifestação do Fisco

O Fisco, em manifestação de fls. 2.258/2.267, refuta detalhadamente as alegações da defesa, de onde se extrai:

“Quanto ao fato de o sócio não ter atribuição de administrador, intimou-se o contribuinte na pessoa de um de seus sócios, para acompanhar a contagem, em claro respeito ao que dispõe o artigo 194, §1º, I, do RICMS/2002.”

“O trabalho de contagem física é tão simples que a própria legislação permite que seja acompanhado por um responsável pelo estabelecimento, não precisando, necessariamente, ser um sócio.”

“Quanto à situação da sócia, (...) em momento algum tal enfermidade foi alegada e, muito menos, colocada como empecilho para realizar o acompanhamento. Caso o fosse, imediatamente esta fiscalização solicitaria à sócia a indicação de algum funcionário para tal, razão da existência do formulário presente à folha 57 dos autos, onde a própria sócia abre mão de indicar alguém e se prontifica a acompanhar os trabalhos.”

“Quanto à alegação da existência de um segundo depósito (...), tal fato, (...), somente teria valia se se comprovasse a existência deste depósito e a quantidade de tampas presentes À ÉPOCA. (...) Acatar tal alegação seria ignorar a validade da Declaração de Estoque assinada pelo contribuinte, permitindo que o mesmo alterasse a quantidade de produtos no estabelecimento tantas vezes quanto fossem necessárias para não se apurar diferenças desacobertas de documentação fiscal.”

“(...) a alegada incapacidade da sócia poderia impedi-la de subir escadas, porém, não a impossibilitaria de informar à fiscalização a existência de todos os locais onde poderiam existir mercadorias, solicitando a algum funcionário que procedesse ao acompanhamento.”

“(...) a autuada, em resposta ao questionamento sobre as perdas no processo produtivo (fl. 92) informa que há tampas que estragam no processo e são vendidas para terceiros, juntando nota fiscal de venda (fl. 94), emitida dois meses após a ação fiscal. O conhecimento sobre a existência de tampas com defeito veio dois meses após a contagem física; naquela época, nada se falou sobre tampas sem possibilidade de aproveitamento.”

“Importante ressaltar também que tivesse irregularidade no procedimento de contagem de tampas, ainda assim tal fato em nada modificaria a saída desacoberta de água mineral para os exercícios de 2006 e 2007, onde se utilizou o inventário do próprio contribuinte.”

“O fato é que, mesmo existindo perdas, os considerandos presentes no relatório fiscal (último parágrafo – fl. 05) não permitem arbitrar qualquer valor diferente de zero. Deu-se oportunidade ao contribuinte de informar tal percentual e o seu desconhecimento por parte do mesmo não pode servir como defesa para não se apurar a irregularidade presente.”

Quanto à alegação de que o Fisco não poderia considerar somente o item TAMPAS, “Se em cada galão de 20 litros de água mineral a ser vendido, existe uma e somente uma tampa, um e somente um rótulo, um e somente um lacre, qual a razão de, para se levantar a quantidade de galões vendidos, trabalharmos com todos os materiais de embalagem? (...) Importante no trabalho de levantamento quantitativo na indústria, quando se trabalha com um item de entrada (seja matéria-prima, material de embalagem ou produto intermediário), é sabermos a quantidade necessária deste para se ter um produto acabado.”

“A escolha das tampas e não dos rótulos, por exemplo, se deve pelo simples fato de que o processo de colocação das tampas é mecanizado, ao passo que a colocação de rótulos e lacres é manual, o que aumenta a probabilidade de perda no processo.”

“Quanto às perdas no processo produtivo não consideradas pelo fisco, como acusar a fiscalização de não considerar tais perdas se se abriu oportunidade para o próprio contribuinte informar o percentual de perda (fl. 91)? Note-se que bastaria e simples informação do contribuinte; não se pediu documentos técnicos ou estatísticos. E, ainda assim, o sócio administrador se limitou a informar que a empresa não tinha tal informação.”

“Quem assinou o documento que traz aos autos o percentual de perda de tampas no processo produtivo foi o sócio administrador e não a informante, sócia capitalista, como alega a Impugnante.”

“As perdas foram sim desconsideradas. A fiscalização seguiu o próprio contribuinte que desconsiderou as perdas ao não controlá-las do ponto de vista físico, do ponto de vista contábil, do ponto de vista financeiro e do ponto de vista fiscal, ao não informar na oportunidade qual o percentual devido.”

“Quanto à confissão de cometer equívocos em sua escrita fiscal, justificando-se por se encontrar em meio rural, com limitações diversas e que agiu por inocência, esta fiscalização não questiona a intenção da Autuada, até mesmo porque conforme art. 136 do Código Tributário Nacional, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente.”

“Os equívocos confessados, certamente não produziram a materialidade da infração, conforme sustenta a Impugnante. O que materializa a infração é a saída desacobertada de água apurada pelas saídas de tampas. Caso existissem perdas (e sem provas, é irrelevante alegar tal fato) seria necessário um percentual de perda de 63,4% para o exercício de 2006, de 58,5% para o exercício de 2007 e 80,9% para o exercício de 2008 (coincidentemente o exercício onde a Impugnante alega ter automatizado o tamponamento) para que não se apurasse saída desacobertada.”

“Quanto ao laudo técnico que define a capacidade produtiva da fonte utilizada pela empresa, esta fiscalização vem rebatê-lo, não contestando seu conteúdo, porém o período ao qual faz referência. O laudo foi elaborado em 11 de julho último, conforme se verifica à folha 2.244 dos autos e, apesar de nele constar a existência de medições periódicas, o mesmo não discrimina em quais períodos foram feitas as medições. Neste sentido, não há como acatar tal medição para todos os meses de 2006, 2007 e o primeiro trimestre de 2008. A vazão varia conforme a quantidade de chuva e o que existe hoje é um longo período de estiagem.”

Das Medidas Determinadas pela Assessoria do CC/MG

Em 05/09/08 a Autuada remete à Assessoria do CC/MG, através dos Correios, os documentos de fls. 2.272/2.279 onde apresenta fotografias do depósito de insumos que não teria sido visitado pelo Fisco quando da contagem física do estoque.

Em virtude deste fato e, em razão de alguns esclarecimentos que se faziam necessários para o deslinde da questão, a Assessoria do CC/MG determinou despacho interlocutório e diligência.

1 – Exarou o despacho interlocutório de fls. 2.270 solicitando da Autuada que:

a) acostasse aos autos cópias legíveis das notas fiscais de saídas de tampas de garrafões de 20 litros (inutilizadas), emitidas no período compreendido entre 01/01/2006 a 18/03/2008, bem como cópias das notas fiscais referentes ao estorno de créditos de ICMS das tampas inutilizadas;

b) informasse qual o “percentual de perda”, no processo produtivo, das tampas de garrafões de 20 litros, no período da autuação e anexasse documentos que corroborassem o percentual informado.

2 – Determinou a diligência de fls. 2.271 solicitando do Fisco que:

a) manifestasse sobre os documentos remetidos pela Autuada ao CC/MG (juntados às fls. 2.272 a 2.279 dos autos);

b) pronunciasse acerca dos esclarecimentos e documentos juntados aos autos pelo Sujeito Passivo, em cumprimento ao interlocutório retro mencionado.

Do Cumprimento do Despacho Interlocutório

Em cumprimento ao despacho interlocutório a Autuada presta esclarecimentos às fls. 2.282/2.289 e, ainda, anexa aos autos os documentos de fls. 2.290/2.329, informando que:

- a nota fiscal de descarte de tampas para garrafões retrata o acúmulo de perdas no processo produtivo de aproximadamente doze meses, compreendendo parte do ano de 2007 e parte do ano de 2008;

- considerando a não documentação dos descartes de tampas, não há que se falar em estorno de crédito de ICMS;

- partindo da nota fiscal de descarte de tampas nº 004.679, de 14/05/08, considerando-se os 200 (duzentos) kg ali descritos e, que cada tampa pesa, em média,

cinco gramas, verificou-se, no período mencionado acima, descarte de 40.000 (quarenta mil tampas);

- considerando uma produção anual de 360.000 (trezentos e sessenta mil) garrações de 20 (vinte) litros e perda anual de 40.000 (quarenta mil tampas), tem-se uma média de 10 % (dez por cento) de perdas no processo produtivo.

Na oportunidade, anexa documentos entregues ao Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM – que comprovam sua capacidade de produção anual de 360.000 (trezentos e sessenta mil) garrações de 20 (vinte) litros.

Do Cumprimento da Diligência e da Manifestação do Fisco sobre o Cumprimento do Despacho Interlocutório

O Fisco se manifesta às fls. 2.332/2.335, onde, resumidamente, argumenta o abaixo.

Sobre os documentos remetidos ao CC/MG (fls. 2.272/2.279), que:

- a Autuada não inova em qualquer alegação que não tenha sido levantada em sua Impugnação;

- as fotos da dependência não verificada pelo Fisco poderiam, no máximo, comprovar a existência de uma sala/galpão no estabelecimento da Autuada, no entanto, o Fisco em momento algum nega a existência de outros possíveis depósitos;

- o fato de se juntar uma foto retratando a existência de um compartimento onde se verifica a existência de tampas não significa que à época da contagem física tais insumos existiam;

- vale a declaração da sócia de que todas as tampas foram contadas.

Sobre os esclarecimentos e documentos em cumprimento do despacho interlocutório:

- a Impugnante afirma que tais notas fiscais de saídas de tampas inutilizadas não existem, justificando que a inexistência das mesmas se deu por falta de documentação do descarte das tampas, falta esta sanada pela emissão de nota fiscal emitida em momento posterior à ação fiscal e ao período solicitado;

- a Impugnante afirma não haver estorno de crédito, vez que não há notas fiscais de saída de tampas inutilizadas;

- a Impugnante, com base na nota fiscal de saída de tampas inutilizadas, emitidas após a ação fiscal, e com base na produção média de galões/ano, levantada por ela própria, chega ao percentual de 10% (dez por cento) de perdas;

- o processo utilizado pela Impugnante para chegar ao percentual de perda de 10% (dez por cento) não pode ser aceito, pois a nota fiscal de descarte de tampas citada à folha 2.286 não informa a que período refere e não merece fé a produção informada de 360.000 (trezentos e sessenta mil) garrações/ano.

“A Impugnante junta o Relatório Anual de Lavra, onde se verifica a vazão média de 4.500 L/h de sua fonte (fls. 2.298 e 2.316). Não obstante achar que tal vazão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deveria ser a mesma apresentada no laudo juntado à folha 2.244, esta fiscalização vem solicitar a esse Conselho o seguinte exercício de raciocínio:

- no primeiro dia de funcionamento da indústria, uma vazão de 4.500 L/h, durante oito horas de serviço, como afirma a Impugnante, gerariam uma quantidade de 36.000 litros (4.500 x 8). As outras dezesseis horas do dia gerariam uma quantidade de 72.000 litros (4.500 x 16) que poderiam, perfeitamente, ser armazenados nos dois reservatórios existentes no estabelecimento, conforme constatado na ação fiscal, com capacidade de 50.000 litros cada;

- a partir do segundo dia de trabalho, o estabelecimento teria, além dos 36.000 litros gerados pela fonte durante as oito horas, um estoque de 72.000 litros armazenados em seus reservatórios no dia anterior, o que totalizam 108.000 litros ou 5.400 galões de 20 litros (108.000/20);

- resta a dúvida sobre a capacidade produtiva da enchedora automática que irá receber esta quantidade de água e envasar os galões. Tal dúvida é sanada pelo documento acostado pela própria Impugnante, à folha 2.327 dos autos, o qual informa que a enchedora automática pode produzir até 1.000 garrafas/hora. Em um dia de oito horas de trabalho, esta máquina encheria 8.000 galões, o que é bem superior aos 5.400 galões que podem ser gerados a partir da água proveniente da fonte e dos reservatórios juntos;

- simplificando o exercício, supondo que o estabelecimento funcione de segunda a sexta e que o mês tenha quatro semanas, a produção de 5.400 galões dia significaria um total de 1.296.000 (um milhão, duzentos e noventa e seis mil) galões/ano (5.400 x 5 x 4 x 12), o que é bem superior aos 360.000 galões/ano, como informa a Impugnante.”

Da 2ª Diligência Determinada pela Assessoria do CC/MG

Novamente, em 20/11/08, a Autuada remete à Assessoria do CC/MG, via Correios, os documentos de fls. 2.340/2.346, onde reafirma seu entendimento de que não foram verificados todos os depósitos de insumos quando da contagem física efetuada pelo Fisco, critica o entendimento do mesmo quanto ao cálculo de sua capacidade de produção afirmando que os tanques citados não são meros reservatórios, mas têm função de “amontoar um volume de água tal que propicie pressão suficiente no processo mecânico de envase”, conforme esclarecimentos fornecidos por técnico em documento que anexa à fl. 2.346. Aduz que os tanques possuem um dispositivo que funciona vinte e quatro horas por dia liberando água excedente, não armazenando toda a vazão diária da fonte.

O Fisco se manifesta a respeito à fl. 2.351 se limitando a ratificar todas as alegações já exaradas nas manifestações anteriores, haja vista a ausência de elementos novos.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em bem fundamentado parecer de fls. 2.353/2.362, que foi quase que totalmente adotado para a decisão e da qual passou a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fazer parte integrante, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida. No mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Cuida a presente autuação de saídas desacobertas de água mineral, nos exercícios de 2006, 2007 e no período compreendido entre de 01/01/08 a 18/03/08, constatadas através de levantamento quantitativo de material de embalagem (tampa para garrafão de 20 litros), pelo que se exigiu ICMS/ST, multa de revalidação em dobro a teor do art. 56, inc. II, § 2º, inc. III, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da mesma Lei.

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria Fiscal, de fls. 2.353/2.362, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo com relação às questões relacionadas a perdas no processo produtivo e pequenas outras alterações.

Da Preliminar

Argui a Impugnante a nulidade do Auto de Infração, vez que viciado por informações prestadas pela sócia capitalista da empresa, a qual não possuía habilitação e conhecimentos aprofundados para prestar tais informações ou mesmo condições físicas ou psíquicas para acompanhar o trabalho de fiscalização. Destaca que a dificuldade de locomoção da referida sócia impedia-lhe de acompanhar a contagem física das mercadorias em estoque, haja vista o armazenamento de tampas para garrafões de 20 (vinte) litros em local acessível somente por meio de escada. Anexa aos autos documentos para corroborar suas afirmações.

Acrescenta que a sócia capitalista não possuía conhecimentos no sentido de informar ao Fisco o percentual de perdas de tampas no processo produtivo.

No entanto, razão não lhe assiste, consoante restará demonstrado.

As cópias dos documentos intitulados pela Impugnante como “Laudos Médicos” da sócia capitalista da empresa, anexados aos autos às fls. 2.207/2.218 comprovam que a mesma requereu em 24/01/08 auxílio-doença junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O Pedido de auxílio-doença foi deferido em 29/01/08 em virtude de constatação de incapacidade laborativa (fls. 2.207 e 2.208). Certamente a referida incapacidade laborativa deu-se em virtude de Hérnia discal L4-L5, consoante se extrai da leitura do Relatório do exame de Tomografia Computadorizada Coluna Lombar emitido em 14/11/07 (fl. 2.210) e dos dados constantes do Prontuário do Fisiocenter (fl. 2.214).

Os Receituários de Controle Especial acostados às fls. 2.216 e 2.217, preenchidos por psiquiatra/psicoterapeuta, foram emitidos nos meses de junho e julho/08, ou seja, em período bem posterior ao deferimento do auxílio-doença pelo INSS.

Conclui-se dos fatos, acima narrados, que em 18/03/08, dia em que se deu a contagem física, não se evidenciava a alegada incapacidade física e/ou psíquica da sócia

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

capitalista para acompanhamento da “simples” contagem física das tampas de garrações de 20 (vinte) litros existentes em estoque no estabelecimento da Autuada.

Adverte-se que, no dia da contagem física, não obteve a autoridade fiscal qualquer informação acerca da existência de um **segundo depósito de mercadorias (somente noticiado na peça de defesa)**. As fotos do referido depósito, anexadas às fls. 2.275/2.277 dos autos, não se prestam a comprovar a existência do mesmo na data da contagem física.

Outrossim, conforme bem ressaltou o Fisco, no dia da contagem física das mercadorias em estoque (18/03/08), a sócia capitalista além de se encontrar em seu local de trabalho, sequer alegou alguma enfermidade ou colocou qualquer empecilho para realizar o acompanhamento da mencionada contagem. Aliás, a sócia capitalista poderia ter indicado uma terceira pessoa para acompanhar o Fisco em seus trabalhos, mas não o fez.

Depreende-se do exposto, que na contagem física das mercadorias, o Fisco observou os procedimentos especificados no § 1º, do art. 194, Parte Geral, do RICMS/02.

Ademais, mesmo no caso de se desprezar as informações anteriormente narradas e admitir-se que assiste razão à Impugnante no tocante ao vício na contagem física de mercadorias em estoque no dia 18/03/08, não se poderia declarar a nulidade do vertente Auto de Infração, haja vista que a referida contagem não foi utilizada na apuração das saídas desacobertas verificadas nos exercícios de 2006 e 2007 (exercícios fechados). Alerta-se que nestes exercícios, foram tomadas pelo Fisco as quantidades de tampas de garrações de 20 (vinte) litros existentes em estoque, consignadas nos livros Registro de Inventário.

Insta destacar que, contrariamente ao alegado na peça de defesa, os esclarecimentos sobre o percentual de perdas no processo produtivo prestados no documento de fls. 92 são de autoria do sócio Waldir Scherr Júnior e não da sócia capitalista, consoante se percebe pelo confronto da assinatura aposta no referido documento e aquelas constantes da segunda Alteração Contratual da Sociedade (fl. 2.205).

Quanto aos documentos assinados pela sócia capitalista, vale tecer as seguintes considerações:

1 – pelo exame dos documentos anexados aos autos, percebe-se que referida sócia assinou além do Termo de Intimação (fl. 56) relativo ao acompanhamento da contagem física de mercadorias em estoque e da Declaração de Estoque (fl. 57), o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF (fl. 54);

2 – as assinaturas apostas nos documentos relacionados com a contagem física não contêm qualquer vício, uma vez que se dera em consonância com o disposto nos incisos I a IV, do § 1º, do art. 194, Parte Geral, do RICMS/02;

3 – o recebimento do AIAF pela sócia capitalista é legítimo, em razão do disposto no art. 75, do RPTA (Decreto nº 44.747/08).

Em face do exposto deve ser rejeitada a arguição de nulidade do Auto de Infração.

Do Mérito

Como já dito, exige-se no presente Auto de Infração ICMS/ST, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da Lei nº 6.763/75, decorrentes de saídas desacobertas de 1.239.463 galões contendo o produto água mineral Krenak (galão de 20 litros), nos exercícios de 2006, 2007 e no período compreendido entre de 01/01/08 a 18/03/08, irregularidade constatada mediante levantamento quantitativo de material de embalagem (tampa para garrafão de 20 litros).

Anteriormente à lavratura do Auto de Infração, no dia 09/05/08, o Fisco intimou a Autuada (fl. 91) a informar-lhe sobre a perda no processo produtivo dos seguintes produtos: **rótulo** de papel água mineral Krenak, **tampa** e **lacre** para garrafão de 20 litros.

Em resposta aos questionamentos do Fisco informou o representante da Autuada (sócio administrador), que no processo produtivo existia perda de tampas, mas não havia como estabelecer o percentual desta perda, visto que dependia da qualidade do material e do funcionamento do maquinário. Esclareceu também que os materiais que estragam no processo de envase não são inutilizados, pois são vendidos para empresas que os reutilizam. Alertou que a partir de 01/07/07 não houve necessidade de estornar créditos do ICMS, pois a empresa passou a ser optante pelo Simples Nacional.

Face aos esclarecimentos retro mencionados e em virtude da Autuada não ter emitido no período fiscalizado qualquer nota fiscal de venda de sucatas de tampas, bem como por inexistir tampas inutilizadas em seu estabelecimento no dia da contagem física das mercadorias em estoque e, ainda, por não ter o Fisco elementos que permitissem arbitrar qualquer percentual de perdas a autoridade fiscal considerou o percentual de perda no processo produtivo como sendo “zero”. Frisa-se que estes fatos estão narrados no Relatório Fiscal (fls. 05 e 06).

As saídas desacobertas foram apuradas a partir do confronto entre as saídas com nota fiscal do produto água mineral Krenak (galão de 20 litros) e aquelas decorrentes do “resultado com mercadorias” (Estoque Inicial + Compras – Estoque Final).

Para o cálculo do ICMS/ST o Fisco observou as disposições contidas no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 1, da Parte 1, do Anexo XV, do RICMS/02, utilizando, por conseguinte, o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) do produto autuado, nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, constantes das Portarias SUTRI n.º 33/06, 17/07 e 03/08, consoante se extrai das planilhas anexadas às fls. 23, 46 e 53.

Para calcular o valor da multa isolada exigida o Fisco multiplicou a quantidade de galões de água mineral que saiu desacoberta, em cada exercício, pelo preço unitário deste produto praticado pela Autuada (R\$ 1,00). Em seguida calculou 40% (quarenta por cento) sobre o montante apurado. O demonstrativo deste cálculo consta também das planilhas juntadas às fls. 23, 46 e 53.

A Impugnante insurge-se contra o levantamento quantitativo elaborado pelo Fisco argumentando que em seu processo produtivo, quando do engarrafamento de água mineral são envolvidos diversos itens, e não somente tampas para galões de 20 (vinte) litros, único item que norteou o trabalho do Fisco. Adverte que se a autoridade fiscal tivesse realizado uma perícia nos demais itens envolvidos em seu processo produtivo (lacre, tampas e rótulos), cujas informações foram solicitadas em 06/05/08, teria verificado uma situação mais próxima da realidade. Anexa aos autos levantamentos quantitativo de lacre, referente ao período autuado, acompanhado das respectivas notas fiscais de aquisição deste produto (fls. 2.220 a 2.242).

Todavia, conforme mencionado anteriormente, o procedimento adotado pelo Fisco na apuração da irregularidade supracitada é tecnicamente idôneo e encontra-se previsto no art. 194, inciso II, Parte Geral, do RICMS/02.

A apuração das saídas desacobertas a partir de levantamento quantitativo das tampas dos galões de água mineral, não trouxe qualquer prejuízo ao trabalho fiscal, posto que, obrigatoriamente, todo galão de água mineral (20 litros) comercializado pela Impugnante contém uma única tampa.

Através de uma análise superficial dos **levantamentos quantitativos elaborados pela Impugnante**, a partir do produto **lacre**, percebe-se que:

1) no exercício de **2006** foram apuradas saídas desacobertas de documentação fiscal de **134.274** galões (20 litros) de água mineral – fls. 2.222.

2) no exercício de **2007**, estranhamente, as saídas de água mineral acobertas por nota fiscal somaram **344.842** garrações, enquanto que as saídas de lacre apuradas pelo levantamento quantitativo foram somente de **229.000** unidades – fls. 2.229.

3) o levantamento quantitativo relacionado com o exercício de 2008 (fls. 2.240 e 2.241), além de apontar saídas desacobertas de documentação fiscal de **331** galões (20 litros) de água mineral, não é plenamente confiável, em virtude dos seguintes fatos:

3.1 – no cabeçalho do documento de fls. 2.240 consta o período de 01/01/2008 a **31/12/2008**, enquanto que estoque final levantado é do dia **18/03/2008**.

3.2 – não existe nos autos documento que comprove que a quantia de lacres em estoque no dia 18/03/2008 era de 39.500 unidades.

3.3 – o período consignado no cabeçalho documento de fls. 2.241 é de 01/01/2008 a 18/**05**/2008, enquanto que a quantidade de saídas de água mineral com nota fiscal refere-se ao período de 01/01/2008 a 18/**03**/2008 (conforme documento de fls. 53).

Extrai-se, do exposto, que a Impugnante não obteve sucesso ao tentar comprovar a fragilidade do trabalho fiscal através dos levantamentos supracitados, de sua autoria.

Sustenta, ainda, a Impugnante que o trabalho fiscal em apreço não pode prosperar, haja vista que o Fisco deixou de considerar no levantamento quantitativo o

percentual de **perdas** das tampas ocorridas no processo produtivo. Afirma que este Egrégio Conselho não pode permitir que um equívoco de escrita, por não lançamentos de perdas de tampas no processo produtivo, seja encarado como saída desacobertas de mercadorias. Anexa aos autos: a) cópia de sua Nota Fiscal nº 004.679 emitida em 14/05/08 (fls. 2.255) referente a venda de sucatas de garrações, tampas e lacres; b) declaração e cópia do livro Registro de Entradas do destinatário das mencionadas sucatas; c) laudo técnico subscrito por geólogo habilitado referente à capacidade de produção da fonte Sete Salões (fls. 2.244) e Demonstrativo de Produção Via Vazão de Água (fls. 2.246).

Esclarece também a Impugnante que até dezembro/2007 o processo de tampagem dos galões cheios era inteiramente manual, tornando-se automatizado somente a partir de janeiro/2008. Sustenta que não é possível engarrafar água mineral sem que haja perdas de galões, tampas, rótulos, etc. Acosta aos autos Nota Fiscal nº 009.727 emitida em 22/10/2007 por Mesal Máquinas e Tecnologia Ltda. (fls. 2.219) relativa à aquisição do equipamento Tribloc MEI (máquina enxaguadora/enchedora/rosqueadora).

Em cumprimento a interlocutório exarado pela Assessoria do CC/MG a Autuada informou que a média de perdas de tampas em seu processo produtivo é de **10%** (dez por cento).

Dos documentos supracitados e esclarecimentos prestados pela Impugnante extrai-se as seguintes conclusões:

1 – a própria Impugnante às fls. 2.283 reitera as considerações tecidas em sua Impugnação, no sentido de que no período compreendido entre 01/01/2006 a 18/03/2008, em descartes de tampas para garrações de 20 (vinte) litros defeituosos **não procedera de maneira a documentar o referido descarte;**

2 – a Nota Fiscal nº 004.679 de **14/05/2008** acostada às fls. 2.255 foi o único documento fiscal relativo à saída de tampas inservíveis emitido pela Autuada. Adverte-se que cópia de mencionado documento já havia sido juntado aos autos pelo Fisco, quando da lavratura do Auto de Infração (fls. 94). Segundo a Impugnante esta nota fiscal retrata o acúmulo de perdas em seu processo produtivo, correspondente a aproximadamente 12 meses, parte no ano de 2007 e parte no ano de 2008;

3 – a **perda de 10%** (dez por cento) apontada pela Impugnante corresponde à proporção levantada entre a produção anual 360.000 de garrações de 20 (vinte) litros de água mineral e a quantidade de saída anual de tampas inservíveis 40.000 unidades;

4 – a produção anual de **360.000** garrações de 20 (vinte) litros de água mineral foi apurada a partir da vazão de água, conforme demonstrado no quadro de fls. 2.246. Entretanto, examinando os dados inseridos, no mencionado quadro, verifica-se as seguintes incoerências:

a) a vazão de **4.000** litros/hora (linha 1 do quadro de fls. 2.246), certamente extraída pela Autuada do Laudo Técnico de fls. 2.244, não coincide com a vazão especificada nos Relatórios Anual de Lavra de 2006 e 2007 que é de **4.500** litros/hora.

b) na linha 4 do quadro de fls. 2.246 a Impugnante apontou o consumo próprio de 105.600 litros de água por semana na lavagem de galões, tal quantia corresponde a **15%** (quinze por cento) da vazão mensal. Todavia, no Laudo Técnico de fls. 2.244 há informação de que parte da água armazenada em reservatório é destinada ao envase de galões de litros para comercialização e cerca de **30%** (trinta por cento) a **35%** (trinta e cinco por cento) é utilizada na lavagem dos galões e assepsia da indústria;

c) levando-se em consideração a informação contida no Laudo Técnico de fls. 2.244 de que 1/3 (um terço) da vazão da água é consumida pela própria indústria na lavagem de galões e outros consumos inerentes à indústria e, partindo da vazão de **4.000 litros/hora** (também informada no referido laudo), a produção anual da Autuada seria de apenas **283.008** galões de 20 (vinte) litros de água mineral. Alerta-se que no exercício de 2007 saíram **344.842** galões de 20 (vinte) litros de água mineral acobertados por notas fiscais (fls. 24 a 44), ou seja, quantidade de saída documentada bem superior à produção anual apurada;

5 – a Impugnante não acosta aos autos documento que comprove o parâmetro utilizado para a conversão efetuada às fls. 2.286, ou seja, que 200 (duzentos) quilos de sucata de tampas (consignado na NF nº 004.679) corresponde a 40.000 unidades de tampas;

6 – a alegação da Impugnante de que as sucatas de tampas constantes da NF nº 004.679 teriam sido acumuladas no período de 12 (doze) meses (parte do exercício de 2007 e parte do exercício de 2008) não se faz acompanhada de qualquer documento que demonstre este fato.

Relativamente à produção anual de água mineral pela Autuada, vale ressaltar, ainda, os fatos seguintes.

O Fisco sustenta às fls. 2.334 que a produção anual da Impugnante não é de 360.000, mas sim de 1.296.000 de galões/ano. Para calcular a produção retro mencionada o Fisco trabalhou não só com a quantidade de água obtida no horário de funcionamento da indústria (4.500 litros/hora), mas também com a quantidade de água armazenada em 02 (dois) reservatórios, no período em que a indústria não está em funcionamento.

A Impugnante às fls. 2.344 e 2.345 contestou a produção apurada pelo Fisco, advertindo que os seus tanques possuem dispositivo que funcionam 24 horas/dia liberando água excedente, de modo que **não se armazena toda vazão diária da fonte**. Na oportunidade anexou às fls. 2.346 laudo contendo informações sobre estes equipamentos.

O Fisco na Manifestação Fiscal – Tréplica (fls. 2.351) não se pronuncia objetivamente sobre o laudo e argumentos trazidos pela Impugnante.

Porém, examinando o documento trazido pela Impugnante (fls. 2.346) verifica-se que nele não há informação sobre a quantidade de água que dá saída para o envase. A falta desta informação prejudica o exame da questão relativa ao armazenamento de água nos tanques.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alerta-se que, se a quantidade de água que der entrada no tanque (originária da fonte) for inferior à que sai para enchimento dos garrafões, os argumentos da Impugnante (fls. 2.344 e 2.345) tornam-se frágeis, posto que não haverá excedente de água para ser eliminada pelo extravasor, mas sim aproveitamento da vazão diária da fonte.

Importante mencionar que a Impugnante possui equipamento com capacidade de envasar até 1.000 garrafões/hora, consoante consta do documento de fls. 2.327.

Depreende-se do exposto, que a Impugnante não conseguiu comprovar que existe equívoco no cálculo da produção apontada pelo Fisco às fls. 2.334.

Pelo acima narrado fica claro que a capacidade de produção não é a alegada pela Autuada e que, a quantidade apurada pelo Fisco, não ultrapassa o volume de vazão da fonte. Contudo, claro está, também, que há perdas de tampas para garrafões no processo produtivo, insumo utilizado pelo Fisco para o Levantamento Quantitativo. Mesmo não tendo base documental o percentual de perda de 10% (dez por cento) apontado pela Autuada, o Fisco se limita a reconhecer que há perdas, mas, uma vez não demonstradas, não podem as mesmas ser levadas em consideração e não se esforça em definir o seu quantitativo. Desse modo, deve ser considerado o percentual de perda apontado pela Autuada para que não se corra o risco de se exigir tributo reconhecidamente não devido.

Os alegados equívocos na escrita fiscal confessados na peça de defesa não se prestam a elidir a infração apontada na peça acusatória e sequer justificam a aplicação do art. 112, do CTN. Além disso, eventuais equívocos estariam agora abrigados na aceitação de perdas de 10% (dez por cento), bem acima do que usualmente é aceito nos mais diversos processos industriais.

A função social que a Impugnante exerce junto às comunidades de Conselheiro Pena e Resplendor não é motivo para o descumprimento das obrigações principal e acessórias impostas pela legislação tributária mineira.

O pleito da Impugnante de aplicação do permissivo legal previsto no § 3º, do art. 53, da Lei 6763/75 não pode ser acolhido, em face das disposições contidas no item 3, do § 5º, do mencionado artigo, uma vez que a infração praticada resultou em falta de pagamento do tributo.

No cálculo da multa de revalidação exigida o Fisco corretamente aplicou o percentual de 100% (cem por cento) do valor do imposto, haja vista que o caso em tela se enquadra no inciso III, do § 2º, do art. 56, da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para considerar o percentual de 10% (dez por cento) como perda no processo produtivo. Vencidos, em parte, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia, que o julgavam improcedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Francisco Luiz Ferrari de Miranda e, pela Fazenda Pública Estadual, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, os Conselheiros signatários e os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 31 de março de 2009.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator



CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.003/09/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000158408-49
Impugnação: 40.010123178-70
Impugnante: Scherrer & Merklein Indústria e Comércio Ltda.
IE: 543055176.00-60
Proc. S. Passivo: Glaydson Sarcinelli Fabri/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre saídas desacobertas de 1.239.463 galões contendo o produto água mineral Krenak (galão de 20 litros), nos exercícios de 2006, 2007 e no período compreendido entre de 01/01/08 a 18/03/08, constatadas mediante levantamento quantitativo de material de embalagem (tampa para garrafão de 20 litros).

A matéria de fato tratada neste Processo Tributário Administrativo (PTA) refere-se basicamente a dúvida se a empresa teria efetuado a saída de 1.239.463 galões de água mineral (galão de 20 litros) apontada pelo Fisco, e não o afirmado pela Impugnante de 360.000 galões de 20 litros de água anuais.

Tem-se que o Fisco sustenta às fls. 2.334 que a produção anual da Impugnante não é de 360.000, mas sim de 1.296.000 de galões/ano. Para calcular a produção retro mencionada o Fisco trabalhou não só com a quantidade de água obtida no horário de funcionamento da indústria (4.500 litros/hora), mas também com a quantidade de água armazenada em 02 (dois) reservatórios, no período em que a indústria não está em funcionamento.

A Impugnante às fls. 2.344 e 2.345 contestou a produção apurada pelo Fisco, advertindo que os seus tanques possuem dispositivo que funcionam 24 horas/dia liberando água excedente, de modo que **não se armazena toda vazão diária da fonte**. Na oportunidade anexou às fls. 2.346, laudo contendo informações sobre estes equipamentos.

Destarte, que o Fisco apurou as saídas desacobertas apenas no levantamento feito através das tampas de galões de 20 litros, não considerando o processo produtivo, no qual teríamos mais matérias primas envolvidas no processo que poderiam esclarecer e demonstrar o alegado pela Impugnante.

Cabe destacar que, a Impugnante em sua peça de defesa anexa laudo técnico de geólogo, no qual o mesmo afirma que a vazão em media espontânea seria de 4.000

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

litros/hora, que de acordo com seu demonstrativo de produção pela vazão confirma a media anual de 360.000 galões de 20 litros.

Ressalte-se que no cumprimento do despacho interlocutório exarado pela Assessoria do Conselho de Contribuinte, visando determinar o percentual de perda não acatado pela Fiscalização, anexa relatório anual do DNPM, no qual às fls. 2.298 dos autos, confirma que a vazão media seria de 4.500 litros/hora.

O Fisco na Manifestação Fiscal – Tréplica (fls. 2.351) não se pronuncia objetivamente sobre o laudo e argumentos trazidos pela Impugnante.

Porém, examinando o documento trazido pela Impugnante (fls. 2.346) verifica-se que nele não há informação sobre a quantidade de água que dá saída para o envase. A falta desta informação prejudica o exame da questão relativa ao armazenamento de água nos tanques.

Alerta-se que, se a quantidade de água que der entrada no tanque (originária da fonte) for inferior à que sai para enchimento dos garrafões, os argumentos da Impugnante (fls. 2.344 e 2.345) tornam-se frágeis, posto que não haverá excedente de água para ser eliminada pelo extravasor, mas sim aproveitamento da vazão diária da fonte.

Depreende-se do exposto, que a Impugnante conseguiu comprovar que existe equívoco no cálculo da produção apontada pelo Fisco às fls. 2.334.

Tem-se, ainda, o laudo técnico apresentado informando que a vazão seria de 4.500 lt/h, onde se teria no máximo uma vazão de 360.000 galões de 20 litros por ano, conforme inscrição no DNPM às fls. 2.298 dos autos, citado acima, além do laudo confirmar o alegado pelo Contribuinte.

Desta forma, entendo não ser possível a alegação do Fisco com relação a vazão exposta, consequentemente difícil fica a sustentação de saída desacobertada com base apenas nas tampas de galões de 20 litros.

Neste sentido, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 31 de março de 2009.

Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro