



DECISÃO Nº: 114/2011
PROTOCOLO Nº: 246085/2009-5
PAT N.º: 096/2009-5ª URT
AUTUADA: MGS – MÁRMORES E GRANITOS DO SERIDÓ LTDA.
FIC/CPF/CNPJ: 20.200.901-7
ENDEREÇO: Sit. Brabo Bela Vista, 0 Ent. Rod. BR 427 Km 76 Z. Rural São José do Seridó-RN
DENÚNCIA(S): Falta de recolhimento de ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, referente ao exercício de 2008.

EMENTA

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DISSIMULADO POR RECEITA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA, REFERENTE AO EXERCÍCIO DE 2008.

- 1. Autuada limita-se a alegar nulidade e ausência de legalidade na ação fiscal, sem apresentar nenhuma contraprova da denúncia.*
- 2. Autuante alega revelia, falta de instrumento de procuração, afasta a nulidade e comprova a apuração da omissão de saídas, mantendo o feito em todo seu teor.*
- 3. Impugnação apresentada fora do prazo e sem procuração do representante da empresa, não instaurando o litígio.*
- 4. AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.*

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Entende-se do Auto de Infração nº 096/2009-5ª URT, lavrado em 11 de novembro de 2009, que a empresa acima identificada, bem qualificada nos autos, infringiu o disposto pelo Art. 150, Incisos III e XIII, c/c Arts. 352, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, em decorrência falta de recolhimento de ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, referente ao exercício de 2008, conforme demonstrativos anexados.

Em concordância com a denúncia oferecida, foi sugerida a aplicação da penalidade prevista pelo Art. 340, Inciso I, alínea “g”, também do RICMS, implicando em multa de R\$ 20.636,62 (Vinte mil, seiscentos e trinta e seis reais e sessenta e dois centavos), sem prejuízo do pagamento do ICMS, no valor de R\$ 13.757,75 (Treze mil, setecentos e cinquenta e sete reais e setenta e cinco centavos), totalizando o montante de R\$ 34.394,37 (Trinta e quatro mil, trezentos e noventa e quatro reais e trinta e sete centavos), com os acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo regulamento.



2. IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se à denúncia, alegou, a atuada, através de sua impugnação às fls. 44 a 51:

- que é nulo o auto de infração em face da sua manifesta impropriedade, por inexistência de justa causa;

- que a exegese que se extrai dos dispositivos do Art. 150 do RICMS não oferece nenhuma dúvida que a defendente cumpriu com suas obrigações fiscais no que pertine à escrituração de seus livros fiscais;

- que a empresa foi constituída em 07 de outubro de 2005, tendo como capital social inicial o montante de R\$ 200.000,00, sendo integralizado na oportunidade o equivalente a R\$ 100.000,00 e o restante a ser integralizado em um prazo de até dois anos após aquela data;

- que em 24 de agosto de 2006, por meio do Aditivo nº 01, teve seu capital aumentado para R\$ 500.000,00, quando foi integralizado R\$ 100.000,00 e o restante, no total de R\$ 200.000,00, a ser integralizado em até dois anos a partir daquela data, ou seja, em 2008 ainda restava capital social a integralizar, no montante de R\$ 200.000,00 que, realizado naquele ano e somado a liberação de recursos financeiros oriundos de financiamento bancário, deram total cobertura à suposta omissão de receita indevidamente apontada pelo agente fiscal;

- que trata-se de uma empresa que possui como objeto social a extração e beneficiamento de mármore e granito, cuja implantação exigiu desembolso de capital da ordem de R\$ 1.433.577,44, que teve como origem a integralização de capital pelos sócios de R\$ 500.000,00 e financiamento bancário de R\$ 933.577,44;

- que, conforme se pode verificar pelos desembolsos realizados ao longo de sua implantação, os quais totalizaram R\$ 890.481,85 e cujos registros encontram-se declarados nos informativos fiscais dos anos de 2006, 2007 e 2008, os aportes de capital e o financiamento bancário contratado não deixam nenhuma dúvida sobre a origem dos recursos utilizados;

- que ao longo dos anos de 2007 e 2008, uma pequena quantidade do material extraído foi vendida, no total de R\$ 7.442,82, não representando o início de exploração plena, visto que, como é comum na implantação de qualquer empreendimento industrial, as vendas destinaram-se a estudos mercadológicos deste mesmo produto;

- que em função da crise econômica mundial em 2008 a venda de produtos decorrentes da extração mineral no local não se realizou como programada e a empresa, já com sua capacidade de produção implantada, teve que iniciar a prestação de serviços com industrialização e beneficiamento de minerais por conta e ordem de terceiros, como bem provam as notas fiscais de serviços que anexam;



- que restou claramente comprovada a origem dos recursos destinados à implantação da empresa;

- que a ação fiscal se realizou de forma equivocada, vez que os demonstrativos, que poderiam oferecer suporte ao auto de infração, em função das distorções que apresentam, nenhuma validade possuem, pelo que transcreve trecho de doutrina;

- que toda ação fiscal há de ser instaurada em consonância com os princípios da moralidade, legalidade e eficiência, nos termos do Art. 37 da CF, tendo se equivocado o agente fiscal por falta de demonstração da ocorrência do fato gerador que viesse permitir referida exigência;

- que um órgão da administração pública não pode, a pretexto de seu poder de polícia, atuar ao arpejo da lei e do ordenamento jurídico, agindo com paixão de seus dirigentes para, extrapolando as disposições da Lei Maior do País, impor sanções que se convertam em abuso de autoridade, excesso de exação, eivando sua conduta de nulidade pelo Poder Judiciário; e,

- pelas razões expostas, requer nulidade do auto de infração, além, de realização de diligências, inclusive perícia, para a qual protesta pela indicação do seu perito assistente, formulação de quesitos e suplementação de provas, ou, até mesmo, que o julgador, de ofício, determine-as, se, porventura, julgar necessárias.

3. CONTESTAÇÃO

O prazo para contestação por parte das autuantes foi suspenso (fls. 66-verso), por motivo de suas férias durante o mês de janeiro de 2010. Entretanto, conforme fls. 67, a auditora Maria do Carmo dos Santos teve suas férias suspensas, pelo que procedeu à contestação, conforme fls. 68 a 74, alegando:

- em preliminar a revelia está consolidada e caracterizada nos autos às fls. 42, sendo, portanto, a impugnação considerada intempestiva, vez que a intimação se deu em 1º/12/2009, pessoalmente, confirmando-se assim o tardio exercício da ampla defesa e do contraditório em 04/01/2010 (fls. 44);

- que a impugnação não é legítima, vez que o advogado não juntou a procuração, quando de sua identificação, inconfundível com a de contador da empresa, diante do CCE/RN, conforme se deduz às fls. 02;

- que seja declarada a não instauração do litígio administrativo, com os mesmos efeitos da revelia processual, em virtude da impugnante não ter estritamente observado os pressupostos formais do Art. 88, Inciso V, do RPPAT, condição imprescindível à satisfação do que exige o Art. 85, Inciso IV, alínea "d", do mesmo regulamento;

- que a infração apontada e provada nos autos diz respeito à falta de recolhimento de ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, referente ao exercício de 2008, equiparando-se à omissão de saídas (venda sem nota fiscal);



- que a impugnante, no exercício de 2008, obteve de ingressos/receitas – inclusive com reconhecimento de empréstimos bancários na ordem de R\$ 99.619,82 – o montante de R\$ 103.891,52, em detrimento aos seus desembolsos/despesas de R\$ 184.819,44, resultando num “Caixa a Descoberto/Saldo Credor de Caixa” de R\$ 80.927,92, circunstância técnico-objetiva qualificada como fato gerador do ICMS nos moldes do § 4º do Art. 2º do RICMS, sendo aquela diferença apontada como sua base de cálculo, equiparada à omissão de saídas, também em comunhão com o Inciso I do Art. 73 do mesmo diploma normativo;

- que reafirma que as diversas integralizações de capital social, de 2005 a 2007, foram consideradas no contexto fisco-contábil assim como foram as contrapartidas, não restando dúvida alguma sobre a sua repercussão no período auditado (2008), cabendo ressaltar que foi provado nos autos a suposta integralização em dinheiro, via disponível, de R\$ 200.000,00 a que se refere a impugnante às fls. 46;

- que a verificação dos dados de 2008 revela que a impugnante, mesmo em plena expansão empresarial certificada pelas inúmeras aquisições de ativos, produziu desembolsos volumosos (R\$ 184.819,44), diante de faturamento mínimo tributável de ICMS de R\$ 4.271,70, tudo sem justificar a miraculosa engenharia adotada para aquele fim, a não ser a tomada de alguns empréstimos bancários, insuficientes para equalizar seu fluxo de “Disponível”;

- que, em relação à nulidade alegada, repisa ser totalmente descabida e inócua, visto que a obrigação de emitir nota fiscal e recolher o imposto devido são obrigações infringidas conscientemente pela impugnante;

- que os fundamentos jurídicos que justificam o lançamento estão apontados no auto de infração;

- que os pressupostos de legalidade, moralidade e eficiência foram atendidos integralmente desde o momento da ciência da Ordem de Serviço até à lavratura do auto de infração;

- que a acusação de excesso de exação é puramente desespero de quem não tem mérito a sustentar, cabendo seu debate tão somente na esfera judicial, sob tipicidade de calúnia qualificada; e,

- no final, requer acatamento do termo de revelia, afastamento da nulidade, procedência da ação fiscal e reconhecimento do suprimento ilegal de caixa na importância de R\$ 80.927,92, julgando procedente o lançamento tributário.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fls. 42) o Termo de Revelia e Antecedentes, o qual contém a informação de que a autuada é revel e não reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado. Consta também dos autos como fls. 43 o Termo de Juntada de Impugnação Intempestiva.

É o que se cumpre relatar.



DO MÉRITO

A empresa foi autuada por falta de recolhimento de ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, em decorrência de levantamento do fluxo de caixa, no exercício de 2008. De acordo com demonstrativos juntados como fls. 07 e 08, a autuada apresentou no exercício analisado um total de receitas no valor de R\$ 103.891,52, enquanto que as despesas montaram o valor de R\$ 184.819,44, resultando na omissão de saídas de R\$ 80.927,92, base de cálculo para o ICMS que deixou de ser recolhido, no valor de R\$ 13.757,75.

Encontra-se nos autos como fls. 42 o Termo de Revelia lavrado na 5ª URT, no dia 31 de dezembro de 2009, último dia para apresentação de impugnação por parte da autuada, após o que, como fls. 43, foi anexado um Termo de juntada de Impugnação Intempestiva, declarando a apresentação do instrumento de defesa no dia 04 de janeiro de 2010, pelo que o processo foi enviado a esta coordenadoria para julgamento.

Pelo fato do dia 31 de dezembro ter sido o último dia para apresentação da defesa pela autuada e ser o último dia útil do exercício de 2009, e da autuada ter apresentado a impugnação em 04 de janeiro de 2010, dia útil imediatamente posterior a esse que seria o último do seu prazo – já que o dia 1º de janeiro de 2010 foi feriado, numa sexta-feira, e os dias 02 e 03, sábado e domingo, respectivamente; decidi resguardar o direito de defesa da autuada e analisar o mérito da sua impugnação, concedendo a presente oportunidade.

Entretanto, constatei que a impugnação foi apresentada por parte que não comprovou a condição de representante legal da autuada, conforme exige o Art. 85, Inciso III, do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário, aprovado pelo Decreto nº 13796/98, falta alegada, inclusive, pela autuante em sua contestação às fls. 69, pelo que o litígio não foi instaurado, impossibilitando análise do mérito da impugnação.

Em relação ao mérito da denúncia, não vislumbrando nenhum elemento que possa propiciar sua nulidade, vez que o RICMS prevê, através do seu Art. 352 que, no caso da escrituração do contribuinte indicar insuficiência ou suprimentos de caixa não comprovados, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, considera-se o respectivo valor como saídas de mercadorias tributáveis em operação interna e não registrada, exigindo-se o respectivo imposto, sem o prejuízo da multa regulamentar, ressalvando-se ao contribuinte a prova da improcedência dos valores apresentados.

É princípio aceito no Direito Tributário que, configurada a ocorrência de qualquer irregularidade praticada pelo sujeito passivo da obrigação tributária, tem o fisco a faculdade de promover o lançamento indiciário do imposto, cujo efeito mais imediato é o de transferir ao contribuinte o ônus da prova, no sentido de que este demonstre as razões que possa justificar a verificação da irregularidade.



DA DECISÃO

Isto posto, com base no que está contido nos autos e, principalmente, com base no Art. 61, § 1º, do RPPAT, aprovado pelo Decreto nº 13796/98, que dispõe que o processo administrativo tributário pautar-se-á pelos princípios da celeridade, simplicidade e economicidade, evitando-se a exigência ou a realização de trâmites desnecessários, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração de fls. 01, lavrado contra a empresa MGS MÁRMORES E GRANITOS SERIDÓ LTDA, para impor à atuada a aplicação das penalidades previstas pelo Art. 340, I, “g”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, no valor total de R\$ 20.636,62 (Vinte mil, seiscentos e trinta e seis reais e sessenta e dois centavos), sem prejuízo do pagamento do ICMS, no valor de R\$ 13.757,75 (Treze mil, setecentos e cinquenta e sete reais e setenta e cinco centavos), totalizando o montante de R\$ 34.394,37 (Trinta e quatro mil, trezentos e noventa e quatro reais e trinta e sete centavos), com os acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo regulamento.

Remeto os autos à 5ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 17 de agosto de 2011.

AGMARY FERREIRA DE MACEDO
Julgadora Fiscal