

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.406/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000204160-57
Impugnação: 40.010135084-31
Impugnante: Dental Amaral Ltda – ME
IE: 338163303.00-47
Proc. S. Passivo: Noé Pereira de Andrade
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos e as notas fiscais emitidas no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação, art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2012, decorrente de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto entre controle de vendas obtido por meio de copiagem de arquivos do computador apreendido na empresa Dental Divinópolis Ltda ME e as notas fiscais emitidas no período.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 226/244, contra a qual o Fisco manifesta-se às fls. 307/316.

Em sessão realizada em 04/02/14, a 2ª Câmara de Julgamento converte o julgamento em diligência de fls. 320.

O Fisco manifesta-se às fls. 322/323.

Intimada, a Contribuinte manifesta-se às fls. 327/329.

O Fisco novamente se manifesta às fls. 331/332.

DECISÃO

Das Preliminares

20.406/14/2ª

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

Antes de adentrar no mérito das exigências, rechaça-se a hipótese de nulidade do Auto de Infração à vista dos motivos abaixo.

Os trabalhos fiscais que resultaram na lavratura do Auto de Infração em apreço iniciaram-se em 11 de março de 2013, com diligência à empresa Dental Divinópolis Ltda – ME, Inscrição Estadual – IE nº 001.977422.00-48 (data da inscrição: 13/06/12). No estabelecimento dessa empresa, uma pequena sala de escritório, situada na Av. Getúlio Vargas, nº 622, Centro, Divinópolis/MG, foi efetuada a apreensão de documentos extrafiscais e do único computador presente no local, conforme Auto de Apreensão e Depósito nº 001087 (fls. 4).

Todo o material apreendido foi encaminhado para a Delegacia Fiscal de Divinópolis. No dia 15 de março de 2013, na presença de uma das sócias da empresa Dental Divinópolis Ltda – ME, foi retirado o lacre de apreensão do computador e, em seguida, feita a cópia da imagem do HD, conforme documentos de fls. 5/6. Dessa forma, a própria imagem e todos seus arquivos recuperados são autenticados pela geração de códigos “HASH”, padrão internacional, o que garante a integridade e a autenticidade das evidências coletadas.

Abaixo, nome e código “HASH” do arquivo de imagem gerado:

NOME DA IMAGEM	TAMANHO EM GB	HASH: (SHA1)
DDIV0101	80	D861B6754C4D7D015A7DE2951F5D37A92AAFE89B

A imagem, com todos os arquivos recuperados, foi analisada por SOFTWARE FORENSE e permanece armazenada em local seguro e de acesso restrito. Em qualquer momento, se necessário, é possível recuperá-la para acesso administrativo e/ou judicial.

O procedimento do Fisco está respaldado pelos arts. 190 e 201, inciso II, ambos do RICMS/02:

Art. 190. As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, programas e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

Art. 201. Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado no Auto de Infração, muito embora a apreensão tenha se dado no estabelecimento da empresa Dental Divinópolis Ltda – ME, praticamente todos os arquivos analisados, do computador apreendido, inclusive o controle de vendas que deu origem ao Auto de Infração, referem-se à sociedade Dental Amaral Ltda – ME.

Não obstante todas as provas existentes nos autos confirmarem essa assertiva, a Impugnante busca eximir-se das exigências fiscais sob a alegação de que as informações contidas no computador apreendido não guardam qualquer relação com as operações de compra e venda de mercadorias praticadas por ela e de que não possui qualquer vínculo com a empresa Dental Divinópolis Ltda – ME.

Cabe ressaltar que o Sr. Rodrigo Amaral Rocha Oliveira, sócio-administrador, com participação de 95% (noventa e cinco por cento) do capital social (fls. 275), no decorrer da ação fiscal, em reunião na sede da Delegacia Fiscal de Divinópolis, afirmou que o computador apreendido pertencera à Autuada. Nessa ocasião, diante da Intimação nº 20 (fls. 8), a Contribuinte foi orientada a apresentar as notas fiscais existentes relativas às operações constantes do controle de vendas, tendo atendido em parte, o que, por si só, demonstra de forma inequívoca, que o arquivo apreendido representa um efetivo controle das vendas efetuadas por ela. Isso pode ser verificado pela simples análise da planilha de fls. 146/148.

Além disso, vários outros elementos comprovam o vínculo entre as duas empresas e o fato de que quase todas as informações constantes do computador apreendido referem-se à Impugnante, como se passa a demonstrar:

- entre os documentos apreendidos no estabelecimento da Dental Divinópolis Ltda – ME, consta “01 bloco pedidos da Dental Amaral Ltda”, conforme Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 001087 (fls. 4);

- no momento da apreensão, o Sr. Renato Amaral Rocha Oliveira, irmão do Sr. Rodrigo Amaral Rocha Oliveira, conforme documentos de fls. 276/277, encontrava-se no estabelecimento da Dental Divinópolis Ltda-ME, tendo assinado o Auto de Apreensão e Depósito (fls. 4) na qualidade de preposto. Posteriormente, em várias outras oportunidades, o Sr. Renato compareceu à sede da DF/Divinópolis representando a Autuada, tendo, inclusive, assinado o documento de fls. 274;

- às fls. 285, encontra-se o organograma da sociedade Dental Divinópolis Ltda-ME, extraído do computador apreendido. Na organização da sociedade, o Sr. Rodrigo Amaral Rocha aparece como proprietário;

- contrariamente ao que quer fazer crer a Impugnante, o documento "Contas a Receber – Prefeituras" (fls. 213/215) refere-se a vendas efetuadas pela Autuada, conforme comprovam os documentos de fls. 278/283;

- da mesma forma, não resta dúvida de que o documento "Controle de Contas a Pagar – Fornecedores" (fls. 286), copiado do computador apreendido, contém informações da Autuada, conforme fls. 287 e lançamentos no livro Diário nº 4 às fls. 290/294. A título de exemplo, cita-se a Nota Fiscal nº 47831, no valor de R\$ 1.997,79, da empresa Kavo do Brasil Ind. e Com. Ltda, cujo pagamento foi registrado no livro Diário em 22/08/11 (fls. 290), conforme lançado no "Controle de Contas a Pagar – Fornecedores" (fls. 286);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- aliados a todos esses elementos, têm-se ainda os documentos de fls. 216/224, os quais reforçam as alegações do Fisco, destacando-se que, dentre esses, encontram-se dois alvarás concedidos à Autuada pela Prefeitura de Itaúna.

Relativamente à formalização do crédito tributário, verifica-se que, ao contrário do alegado pela Impugnante, a lavratura do Auto de Infração atendeu aos elementos indispensáveis enumerados no art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Frise-se que do Auto de Infração constam a descrição clara e precisa das irregularidades apuradas pelo Fisco, a menção dos dispositivos legais infringidos e os das penalidades cominadas. Os documentos anexados, notadamente os de fls. 149/211, demonstram claramente os valores apurados.

Ante o exposto, não há que se falar na existência de vícios de formalização do feito fiscal, menos ainda, em cerceamento de defesa, considerando a demonstração clara e inequívoca do vínculo existente entre a Autuada e a empresa onde foi apreendido o equipamento. Portanto, rejeita-se a arguição de nulidade do Auto de Infração.

Do Pedido de Perícia

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, uma vez que os quesitos propostos podem ser respondidos pela análise dos elementos constantes dos autos ou envolvem questões irrelevantes para a solução do litígio.

Os quesitos de nº 2 a 5 são totalmente desnecessários, pois o procedimento fiscal utilizado para apuração das saídas desacobertas foi o confronto entre as informações de controle de vendas da Contribuinte e as notas fiscais emitidas no período, não havendo que se falar em levantamento quantitativo ou conclusão fiscal.

O quesito nº 6 pode, satisfatoriamente, ser respondido pelos elementos constantes dos autos, especialmente pelos quadros demonstrativos de fls. 296/299.

Também o quesito nº 1 pode ser respondido pelos elementos constantes dos autos, e será analisado em seguida por se confundir com o próprio mérito das exigências.

Assim, indefere-se o pedido de perícia, já que os documentos constantes dos autos propiciam perfeita análise e esclarecimento da matéria.

Do Mérito

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2012, decorrente de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto entre controle de vendas obtido por meio de copiagem de arquivos do computador apreendido na empresa Dental Divinópolis Ltda ME e as notas fiscais emitidas no período.

Conforme restou claramente demonstrado nas preliminares, as informações constantes do “controle de vendas” juntado às fls. 09/68 se referem a operações de

vendas efetuadas pela Autuada. Observa-se que do referido controle, constam informações como cliente, data de saída da mercadoria e valor da operação. Algumas operações constantes deste controle foram acobertadas por notas fiscais, conforme Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica – DANFEs (fls. 72/113) e Planilha nº 1 (fls. 146/148). Essas operações, logicamente não compuseram a base de cálculo da autuação, que ficou restrita ao valor das operações relacionadas no controle de vendas para as quais não foi apresentada nota fiscal, conforme Planilha nº 2 (fls. 149/210).

Em atenção à Intimação nº 20 (fls. 8), além dos retrocitados DANFEs, a Autuada apresentou também os de fls. 115/140, que não foram considerados pelo Fisco, já que não correspondem às operações de venda objeto da autuação.

O procedimento adotado pelo Fisco para apuração das saídas desacobertadas é tecnicamente idôneo e encontra respaldo no art. 194, inciso I do RICMS/02, sendo totalmente equivocado o argumento da Impugnante de que em se tratando de diferença apurada por saídas sem notas, essa apuração só seria possível mediante contagem da mercadoria e utilização da fórmula “EI + E – S = EF”.

A Autuada não trouxe aos autos qualquer documentação fiscal referente às operações relacionadas na Planilha nº 2 (fls. 149/210), restando caracterizada a acusação fiscal em face do disposto no art. 136 do RPTA, *in verbis*:

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Vê-se, pois, que contrariamente ao alegado pela Impugnante, a autuação encontra-se amparada em prova documental e não em mera presunção, tendo o levantamento fiscal sido elaborado de acordo com a legislação pertinente.

Da mesma forma, mostra-se correta a utilização da alíquota de 18%, sendo descabida a pretensão da Autuada de que na apuração do imposto devido seja utilizada a alíquota de 2,84% (dois inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento) do Simples Nacional. É que, conforme já destacado no relatório do Auto de Infração, a modalidade de pagamento prevista para o Simples Nacional não é aplicável às operações desacobertadas de documento fiscal, conforme art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar 123/06:

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Também é infundada a alegação da Impugnante de que as mercadorias sujeitas à substituição tributária representam quase 70% (setenta por cento) das comercializadas em 2012. Conforme demonstrado no quadro de fls. 296, juntado na fase de instrução, as aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, no ano de 2012, correspondem a 14,63% (quatorze inteiros e sessenta e três centésimos por cento) das entradas totais.

De qualquer forma, ainda que, em razão do princípio da razoabilidade, se considere que entre as mercadorias que saíram desacobertadas de documento fiscal encontrem-se as sujeitas à ST no mesmo percentual de aquisição, não se pode presumir que a entrada dessas mercadorias ocorreu com documento fiscal e que o imposto tenha sido pago. Essa circunstância haveria que ser provada pela Autuada. A presunção, neste caso, é de que, se as mercadorias saíram desacobertadas, também foram adquiridas sem o correspondente documento fiscal e sem o pagamento do imposto.

Saliente-se ainda, que na fase de instrução, houve apenas a juntada de documentos, não tendo ocorrido qualquer revisão do lançamento, mostrando-se equivocada a Autuada ao alegar a falta de "novo quadro conclusivo".

A Impugnante pugna pelo direito ao crédito decorrente da aquisição das mercadorias que saíram sem documento fiscal. Pelas mesmas razões acima expostas, mostra-se improcedente esta pretensão, já que não se pode presumir que a entrada das mercadorias tenha se dado com documento fiscal. Além disso, deve ser observado o disposto no art. 69 do RICMS/02:

Art. 69. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou os bens ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação.

Relativamente à alegação de boa-fé, há de se destacar que, em matéria tributária, não se leva em conta o elemento volitivo do agente para a caracterização do ilícito, consoante dispõe o art. 136 do Código Tributário Nacional – CTN:

Art. 136 - Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

No tocante ao pedido de restituição do valor da taxa de expediente recolhida para fins de impugnação, tem-se que o procedimento próprio para seu requerimento é aquele previsto no art. 28 e seguintes do RPTA. Ademais, conforme art. 90, § 1º da Lei nº 6.763/75, a restituição pretendida somente teria cabimento na hipótese de decisão final irrecurável na esfera administrativa totalmente favorável à Impugnante, situação essa que não se coaduna com o conjunto probatório destes autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, cabe ressaltar que nos termos do art. 53, §§ 3º e 5º, item 3 da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

(Grifou-se).

De todo o exposto, conclui-se que as infrações restaram plenamente caracterizadas. O fato típico ocorreu e a certeza jurídica de sua ocorrência advém da demonstração da existência de controle de vendas extraído do computador apreendido e do resultado do contraditório. Legítimas, portanto, as exigências fiscais consubstanciadas no Auto de Infração em apreço.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de juntada dos documentos protocolizados no CC/MG em 10 de abril de 2014 e indeferir o requerimento de adiamento do julgamento, uma vez que os fundamentos apresentados não justificam o adiamento pretendido. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 15 de abril de 2014.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Guilherme Henrique Baeta da Costa
Relator

P