

Acórdão: 17.270/05/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114534-27
Impugnante: Drogaria Martins Barbosa Ltda.
Proc. S. Passivo: Sheila Del Duca Tavares/Outra
PTA/AI: 01.000147832-99
Inscr. Estadual: 367.677334.00-21
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRA-FISCAL – Constatada a saída de mercadorias desacoberta de documentação fiscal, apurada mediante o confronto dos dados constantes nos arquivos magnéticos com os dados apresentados nos DAPI's. Infração caracterizada. Legítimas as exigências fiscais de ICMS, MR e MI capitulada no art. 55 inciso II da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Relata o Auto de Infração que, em 05 de junho de 2003, em diligência efetuada no estabelecimento do contribuinte “Drogaria Manoel Honório Ltda.” (IE nº 367.096431.00-91), pertencente à rede “Drogaria Bairro Rede Pague Menos”, verificou-se que este centralizava, em seus computadores, as informações fiscais de diversos estabelecimentos integrantes da citada rede de drogarias.

Sendo assim, utilizando-se o programa ‘*Authenticator Plus*’ e um ‘*zip drive*’, procedeu-se à cópia e autenticação dos arquivos magnéticos referentes às vendas realizadas pelos contribuintes vinculados a esta rede de drogarias.

Através do confronto dos dados constantes destes arquivos magnéticos com aqueles declarados em DAPI, constatou-se que a empresa epigrafada promoveu a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Exigiu-se, portanto, ICMS, MR e MI (art.55, inciso II, da Lei 6763/75), pela infringência aos artigos: 5º, §1º item 1; 6º, inciso VI; 16, incisos VI, VII, IX e XIII; e 25 da Lei 6763/75 - 1º, inciso I; 2º, inciso VI; 96, incisos X e XVII; 130, incisos I e III, da parte geral do RICMS/02, e 12, inciso I, de seu Anexo V.

Instruíram o Auto os documentos de fls. 02 e 06/44.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não se conformando com a acusação, a empresa apresentou, regular e tempestivamente, por procuradoras regularmente constituídas, Impugnação às fls. 49/58.

Discorre, inicialmente, sobre os limites constitucionais da atividade de fiscalização, sobre o lançamento e a identificação do fato gerador, sobre os princípios da legalidade, tipicidade e verdade material.

Fala sobre o princípio da produção de provas, afirmando que o “ônus da prova dos fatos tributários e das condutas irregulares pertencem exclusivamente ao fisco” e que milita em favor do fiscalizado a presunção constitucional de inocência.

Aduz que “é preciso se considerar não apenas quais sanções são passíveis de aplicação”, mas sobretudo seu limite.

Cita os artigos 112, 113 e 136 do CTN.

Ressalta o disposto na alínea “a”, do inciso II, do art. 55, bem como no § 3º do art. 53, ambos da Lei 6763/75. Transcreve duas ementas de decisões deste Conselho, nas quais a multa foi cancelada ou reduzida com fulcro nestes dispositivos (Acórdãos: 2.870/03/CE, lançamento com base em levantamento quantitativo e 16.393/03/1ª, trata de mercadoria sujeita a ST/combustíveis, respectivamente).

Questiona a aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros moratórios, por atuar “como pagamento pelo uso do dinheiro” e sofrer “influências das flutuações da economia de mercado”.

Os agentes fazendários defenderam o trabalho realizado, em Manifestação juntada a fls. 73/80.

A Auditoria Fiscal, em parecer da lavra do auditor Luís Fernando Soares Bartholomeu, opina pela procedência do lançamento (fls. 81/85).

É o relatório.

DECISÃO

Versa o presente processo sobre a ocorrência de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, verificadas através do confronto entre os dados declarados em DAPI e os constantes em arquivos magnéticos apreendidos no estabelecimento do contribuinte “Drogaria Manoel Honório Ltda.” (IE n.º 367.096431.00-91), pertencente à rede “Drogaria Bairu Rede Pague Menos”.

Narra a peça de acusação que, utilizando o programa ‘Authenticator Plus’ e um ‘zip drive’, o Fisco procedeu à cópia e à autenticação dos arquivos magnéticos referentes às vendas realizadas pelos contribuintes vinculados a esta rede de drogarias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Explicam os agentes fazendários que:

“A ação fiscal foi precedida da ordem de serviço nº 08.030002287-01 datada de 05.06.2003, sendo que os fiscais que efetuaram a cópiagem e a autenticação dos arquivos magnéticos compareceram ao estabelecimento com mandado de procedimento fiscal, ou seja, com autorização prévia para o trabalho fiscalizatório. A constituição do crédito tributário foi amparada pela OS 08.040003674-77 e pelo Termo de Início de Ação Fiscal nº 10.0400001639.89.

O Fisco Estadual exerceu seu poder de polícia ao efetuar a cópiagem e a autenticação de dados do contribuinte, em outro estabelecimento da rede de drogarias, utilizando-se do Programa Authenticator Plus, cujo processo foi minuciosamente descrito na inicial deste. Aquele estabelecimento foi identificado como sendo o responsável pelo controle de movimentação de todas as drogarias da rede informal ‘Drogaria Bairu – Rede Pague Menos’. Portanto, fez o Fisco cumprir a ordem de serviço supra. No decorrer da visita ao estabelecimento, perceberam os agentes fiscais a existência de flagrante infração à legislação tributária ao analisar os bancos de dados do contribuinte em seu computador e confrontá-los com documentos fiscais emitidos e ali existentes, fato este que motivou a cópiagem e autenticação dos arquivos magnéticos”.

Percebe-se, pois, que a ação fiscal e o lançamento do crédito tributário encontram-se amparados pela legislação pertinente, em especial, pelos Capítulos II e III do Título III da CLTA/MG e art. 204 da Lei 6.763/75.

Instruíram o Auto de Infração os seguintes documentos:

- TIAF n. 10.040001639.89 (fl. 02) – lavrado em 17.11.2004
- AI lavrado em 25.11.2004 (fls. 03/05) e recebido em 17.12.2004 (fls. 46)
- relatório fiscal/contábil (fls. 06/08) – demonstrativo do crédito
- trabalhos fiscais desenvolvidos: verificação fiscal analítica
- apuração do ICMS: débito/crédito, a partir de 29.11.2001 (fl. 09)
- modalidade de escrita: fiscal/contábil
- comprovação de operações: notas fiscais – mod. 1 e série D
- obs.: os arquivos SAI0103, SAI0303 e SAI0503.dbf contém os arquivos dos meses de janeiro, fevereiro, março e maio, e os arquivos Geralago, Geralset e Geralout.txt aqueles referentes a agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro. A autuada é identificada como ‘Benfica’, local onde está estabelecida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Termo de copiagem e autenticação de arquivos magnéticos e declaração de recebimento (fl. 11) – cópia/CD (fl. 12)
- relatório de vendas (fl. 14) - diferenças apresentadas em agosto a dez./02 e janeiro, março e maio/03 - total de vendas: relatório de caixa (R\$ 657.305,68) e informado/DAPI (R\$ 196.698,23) – 3,34 vezes maior
- planilha de cálculo da alíquota média mensal de saída (fl.16)
- telas capturadas (fls. 18/30) – conteúdo dos arquivos (fls. 32/33)
- telas Sicaf – consulta DAPISEF (fls. 35/37)
- cópia do comprovante de devolução de documentos fiscais (fl. 39)
- comprovantes de que a Autuada integra a rede de drogarias Bairu: tela Sicaf/dados cadastrais (fl. 41) e cópia dos classificados (lista telefônica), onde consta, no anúncio da Drogaria Bairu Rede Pague Menos, também o telefone da Autuada (fl. 44) - o sócio gerente da Autuada (90%), Sr. Estevão Francisco de Oliveira, também o é da Drogaria Gama (5% - bloqueada) (fls. 41)
- Boletim de Ocorrência Criminal (fl. 68)

No mérito, não cabe razão à empresa impugnante ao afirmar que as diferenças encontradas entre os arquivos apreendidos e a movimentação declarada são meras presunções.

Os arquivos copiados possuem diversos campos onde é possível identificar com precisão as vendas efetuadas, tais como: CD_CLIENTE (código do cliente), TPPAGTO (tipo de pagamento), DTEMISS (data da venda), CD_VEND (código do vendedor), VRLIQUID (valor líquido da venda), VRPEDIDO (valor do pedido sem desconto), entre outros.

São eles controles internos e extra fiscais de vendas da empresa, aptos a comprovarem a saída irregular de mercadoria e a conseqüente omissão de receita.

Importante anotar que, em momento algum, a empresa negou a propriedade dos arquivos que serviram de base ao trabalho, negou-lhes apenas a força probante e os efeitos gerados.

Importante observar que a alíquota aplicada às operações autuadas foi resultado do cálculo das alíquotas médias de saídas de todos os estabelecimentos da rede.

Este procedimento foi benéfico ao contribuinte, visto que a alíquota média por ele praticada é superior à ora incidente.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- planilha de cálculo da alíquota média mensal de saída (fl. 16) – valores informados pelo contribuinte em DAPI –alíquota média de todas as empresas vinculadas à rede Bairu de Drogarias = 17,87% (média da Autuada = 18,15%)

Os arquivos magnéticos apreendidos na ‘Drogaria Manoel Honório Ltda.’, centralizadora das informações, geraram a lavratura de Autos de Infração contra outros estabelecimentos da rede de drogarias Bairu, já tendo sido julgados os processos:

a) PTA n.º 01.000143843.01 contra Farmácia Edna Ltda. (Acórdão: 16.210/05/2ª)

Ementa:

“MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Mediante cotejo de controles gerenciais de vendas (arquivos magnéticos) apreendidos no estabelecimento da Impugnante referentes às vendas efetuadas pelos Contribuintes vinculados à rede "Drogaria Bairu Rede Pague Menos" com os dados apresentados nos DAPI's, constatou-se saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Infração caracterizada nos termos do artigo 194, inciso I, do RICMS/96 e do RICMS/02, legitimando-se a cobrança das exigências de ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Razões de defesa incapazes de elidir o trabalho fiscal. Lançamento procedente. Decisão unânime”.

Decisão:

“(…) O Fisco comprova que o contribuinte omitiu de sua escrita regular diversas vendas efetuadas sem a emissão da documentação fiscal competente ao comparar seu arquivo de vendas, como é o caso dos arquivos GERALAGO.TXT, GERALSET.TXT, GERALOUT.TXT, SAI1201.DBF, SAI0702 e SAI0403.DBF, com sua escrita regular apresentada à Fiscalização.

A escrita fiscal da Impugnante foi utilizada como instrumento de prova uma vez que foi com base na mesma que se apurou a sonegação, através de sua comparação com os dados extraídos dos arquivos magnéticos.

Os registros eletrônicos não constituem presunção de vendas pois estão revestidos da qualidade de controles internos e extrafiscais de vendas da empresa e comprovam a saída irregular de mercadoria e a conseqüente omissão de receita, conforme definido no artigo 110 da CLTA/MG. Eis que o contrário não resulta do conjunto de provas que deveriam ter sido apresentadas pelo contribuinte em sua defesa”.

b) PTA n.º 01.000144151-76, contra Minas Center Medicamentos Ltda. (Acórdão: 16.710/04/1ª)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ementa:

“MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Mediante cotejo de controles gerenciais de vendas (arquivos magnéticos) apreendidos no estabelecimento da Impugnante com a sua escrita fiscal constatou-se saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Infração caracterizada nos termos do artigo 194, inciso I, do RICMS/96, legitimando-se a cobrança das exigências de ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Razões de defesa incapazes de elidir o trabalho fiscal. Lançamento procedente. Decisão unânime”.

Decisão:

“(…) Portanto, em face da ausência de notas fiscais emitidas em função da saída dos produtos relativos aos documentos extrafiscais restou constatada a prática de saídas de mercadorias desacobertas.

A legislação tributária é clara ao determinar a emissão de nota fiscal na saída de mercadorias. Ademais, não foram apresentados argumentos ou provas capazes de descaracterizar a prática desta infração à legislação do ICMS”.

Lavrado, pelos mesmos motivos, o AI n.º 01.000144041.07 contra Drogaria Guliver, o crédito foi reconhecido e parcelado.

No tocante às multas aplicadas, é de se ponderar que o lançamento é vinculado; a ocorrência, objetiva e legalmente prevista, não cabendo, pois, ao fiscal ou a este Conselho avaliações acerca da proporcionalidade ou razoabilidade das penalidades.

Ademais, o Estado detém o poder de impor penalidades àqueles que descumprirem o ordenamento jurídico.

Cesare Beccaria, comentando acerca das origens das penas, diz que "faz-se necessário o estabelecimento de motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esse motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis".

Nesse tocante, Roberto Lyra explica que *"o direito de punir é direito efetivo do Estado ao respeito das leis e à coatividade do Direito"*.

As multas têm caráter essencialmente punitivo, mas também: a) repressivo para que não seja compensador o descumprimento da norma; b) retributivo para que haja o exemplo da punição, desestimulando as condutas ilícitas; c) ressocializador determinado que a multa seja graduada em percentual que não leve à inadimplência crônica (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2ª ed., Imprensa Nacional da Moeda, p. 247 e FONROUGE, Carlos M.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Giuliani. Conceitos de direito tributário. Trad. Geraldo Ataliba e Marco Greco, São Paulo: Lael, , 1973, p. 221).

No caso em tela, as penalidades impostas à empresa estão elencadas no Auto de Infração e no Relatório Fiscal (Lei 6763/75, art. 55, inciso II, e 56, inciso II), não cabendo a aplicação do dispositivo contido no artigo 53, §3º, desta lei, haja vista que o contribuinte se enquadra em uma das exceções do dispositivo legal (item 3 do § 5º), isto é, cometeu uma infração da qual resultou a falta de pagamento do tributo.

Quanto à cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC, dispõe o art. 127, da Lei 6763/75, *in verbis*:

“Os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais”.

A Resolução n.º 2.880/97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabelece, em seu art. 1º, que “os créditos tributários, cujo vencimentos ocorrerão a partir de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de liquidação e Custódia (Selic), estabelecida pelo Banco Central do Brasil”.

Tendo em vista que a aplicação da taxa Selic, para correção de créditos tributários, está prevista na legislação tributária mineira, é vedado a este Conselho de Contribuintes negar a sua aplicação, nos termos do art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Não serão comentadas as demais alegações de inconstitucionalidade e/ou impropriedade de textos regulamentares, por extrapolarem as competências do Órgão julgador.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 09/09/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/cecs