

Acórdão: 16.210/05/2ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112190-50
Impugnante: Farmácia Edna Ltda.
Coobrigados: Flávia Riani Massari, Antônio Thomaz Massari Filho
Proc. S. Passivo: Sheila Del`Duca Tavares/Outra
PTA/AI: 01.000143843.01
Inscr. Estadual: 367.000907.00-37 (Autuada)
Origem: DF/ Juiz de Fora

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.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que o contribuinte, nos períodos de 01/12/01 a 31/12/01, 01/07/02 a 31/12/02 e 01/02/03 a 30/04/03, promoveu a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal apurada através do confronto dos dados constantes nos arquivos magnéticos referentes às vendas efetuadas pelos contribuintes vinculados à rede "Drogaria Bairu Rede Pague Menos" com os dados apresentados nos DAPI'S. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 61 a 76, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 86 a 93.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 94 a 99, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Inicialmente, deve-se ressaltar que tanto a ação fiscal desenvolvida quanto a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exigência do crédito tributário encontram-se revestidas e amparadas por todos os requisitos legais a elas pertinentes, conforme dispõem respectivamente os Capítulos II e III do Título III da CLTA/MG bem como a legislação superior vigente.

A ação fiscal, segundo o próprio Fisco, 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 O.S. nº 08.030004242-32 e pelo Termo de Início de Ação Fiscal nº 10.030000720.87.

O Fisco Estadual exerceu seu poder de polícia ao efetuar a cópiagem e a autenticação de dados do contribuinte autuado, em outro estabelecimento da rede de drogarias, utilizando-se do Programa Authenticator Plus, cujo processo foi minuciosamente descrito às fls. 86/87.

Dessa forma, o Fisco nada mais fez do que exercer o direito que a lei lhe faculta de verificar livros, documentos, arquivos magnéticos e tudo mais que estiver no estabelecimento do contribuinte, conforme disposto no art. 204 da Lei 6.763/75.

Ademais, franquear todas as instalações do estabelecimento ao Fisco é uma das obrigações do contribuinte estabelecida na lei tributária vigente nos artigos 195 do CTN e 190 do RICMS/2002. Não há, portanto, que se falar em violação de direitos ou garantias individuais do contribuinte.

O feito fiscal refere-se a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal promovida pelo contribuinte FARMÁCIA EDNA LTDA, nos períodos de 01/12/01 a 31/12/01, 01/07/02 a 31/12/02 e 01/02/03 a 30/04/03 e apurada através do confronto dos dados constantes nos arquivos magnéticos referentes às vendas efetuadas pelos contribuintes vinculados à rede “Drogaria Bairu Rede Pague Menos” com os dados apresentados nos DAPI’S.

As diferenças encontradas entre os arquivos apreendidos e a movimentação declarada pelo contribuinte não são meras presunções, como quer fazer crer a Impugnante. Os arquivos copiados possuem diversos campos onde se pode identificar plenamente as vendas efetuadas, tais como: CD_CLIENT (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.

Registra-se que em hora nenhuma a Impugnante nega a propriedade de tais arquivos, mesmo porque os mesmos foram apreendidos em estabelecimento pertencente à rede de drogarias como comprovado no PTA.

O Fisco comprova que o contribuinte omitiu de sua escrita regular diversas vendas efetuadas sem a emissão da documentação fiscal competente ao comparar seu

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Alguns acórdãos do Egrégio Conselho de Contribuintes de Minas Gerais sobre a mesma matéria ratificam esta posição. Tratam-se dos Acórdãos 15.052/01/3ª, 15.245/02/3ª, 15.906/02/1ª, 16.080/03/3ª e 15.758/04/2ª.

O Fisco calculou a alíquota média a ser aplicada sobre o valor das saídas desacobertas de documentação fiscal, tomando por base as alíquotas médias de saídas dos demais estabelecimentos da rede, conforme demonstrado na planilha anexada às fls. 16 do PTA.

Tal procedimento foi levado a efeito por ser o contribuinte autuado uma EPP, tendo seu imposto, relativamente às suas operações normais, apurado conforme o regime próprio disposto no Anexo X do RICMS/02.

Cabe ressaltar entretanto que, sobre a parcela das saídas sem documentação fiscal não se aplica tal legislação, conforme artigo 30 da Lei 13.437/99 e exceção prevista no artigo 52, IX do Anexo X do RICMS/02, devendo pois, aplicar-se sobre a diferença encontrada o disposto no artigo 42, I do RICMS/02.

Vem ainda o contribuinte apelar para a redução de multas. Cabe dizer nesse ponto que o Fisco não escolhe a penalidade a ser aplicada. Quem pune é a lei. Como bem disse o contribuinte, a atividade da Fiscalização é vinculada. Portanto, apurado o montante do imposto devido, para cada tipo de infração há uma ou mais penalidades a serem imputadas.

No caso em tela, as penalidades impostas à Impugnante são as elencadas no Auto de Infração e no Relatório Fiscal não cabendo a aplicação do dispositivo contido no artigo 53, §3º da Lei 6763/75, haja vista que o contribuinte se enquadra em uma das regras de exceção do dispositivo legal, ou seja, no disposto no item 3, do §5º do artigo 53 do mesmo diploma legal, visto que cometeu uma infração da qual resultou a falta de pagamento do tributo.

A cobrança de juros de mora com base na SELIC encontra amparo legal no artigo 226, parágrafo único, da Lei 6.763/75, disciplinada através da Resolução 2.880

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de 13/10/97. Outrossim, cabe lembrar que não é da competência do órgão julgador a negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, nos termos do artigo 88, inciso I, da CLTA/MG.

A despeito de não haver qualquer questionamento na Impugnação, o Fisco esclarece que elegeu no pólo passivo da autuação, na condição de Coobrigados, duas pessoas físicas que na realidade são os verdadeiros proprietários de todos os estabelecimentos da Rede Bairu e administravam a Farmácia Edna Ltda., pertencente a esta rede informal de drogarias e farmácias, através de interpostas pessoas.

As mesmas pessoas arroladas como Coobrigadas no presente Auto de Infração foram as que compareceram na Repartição Fazendária e receberam, em devolução, toda a documentação pertencente aos contribuintes vinculados à rede de drogarias “Drogaria Bairu Rede Pague Menos” que encontrava-se de posse do Fisco, conforme documento assinado e apenso ao PTA, à fl.53.

A análise dos arquivos eletrônicos copiados na Drogaria Manoel Honório, gerou um outro Auto de Infração nos mesmos termos deste ora questionado, em nome do contribuinte Drogaria Guliver, pertencente ao grupo. Nele a Sra. Flávia Riani Massari consta como Coobrigada e o Sr. Antônio Thomaz Massari Filho, como sócio gerente. Este PTA, cujo número é 01.000144041.07, encontra-se parcelado, sendo considerado, pois, reconhecida a autoria da infração, o débito do imposto, a interligação dos estabelecimentos, a legalidade da ação fiscal e a verdadeira propriedade dos estabelecimentos pelos envolvidos.

Há ainda o PTA 01.000144151.76, referente à Minas Center Ltda, também pertencente à rede, que foi autuada nos mesmos moldes deste trabalho e cujo lançamento foi julgado procedente, por unanimidade, pela 1ª Câmara desse Conselho, conforme pode-se constatar pelo acórdão 16.710/04/1ª, de 28/08/2004. Neste caso, a Sra. Flávia Riani Massari era a sócia do estabelecimento e o Sr. Antônio Thomaz Massari Filho, constou no pólo passivo da autuação como Coobrigado.

A vinculação dos estabelecimentos se torna mais evidente ainda, quando se analisa o antigo quadro societário da Drogaria Edna, onde a sócia Genésia Gomes Massari, também fazia parte da sociedade da Drogaria Espírito Santo conjuntamente com o Sr. Antônio Thomaz Massari Filho.

Ademais, se já não bastasse o fato de farta documentação eletrônica de todas as farmácias e drogarias envolvidas na rede terem sido apreendidas na Drogaria Manoel Honório, o Sr. Antônio Thomaz Massari Filho e a Sra. Flávia Riani Massari assumiram a real situação de proprietários dos estabelecimentos no decorrer do ano de 2004, fazendo as respectivas alterações de contratos sociais dos estabelecimentos que ainda lhes pertencem, exceto na Drogaria Espírito Santo, que foi vendida, e na Drogaria Grama, que encerrou as atividades, conforme demonstrado no quadro anterior.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Rogério Martins (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 01/03/05.

**Antônio César Ribeiro
Presidente**

**Windson Luiz da Silva
Relator**

WLS/EJ

CC/MG