

Acórdão: 16.864/06/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114477-45
Impugnante: King Enxovais Ltda.
Proc. S. Passivo: Murilo Vieira Brandão Filho/Outro
PTA/AI: 01.000147837-87
Inscr. Estadual: 367.001136.00-80
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRA-FISCAL. Constatado que a Impugnante promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal apuradas através do confronto de valores declarados nos DAPITs com os constantes dos arquivos magnéticos apreendidos no estabelecimento. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para excluir do feito os registros coincidentes do arquivo eletrônico. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação sob exame versa sobre a imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. O Fisco chegou a tal conclusão através do confronto entre os dados constantes em arquivos magnéticos com os informados nos DAPI'S do contribuinte King Enxovais Ltda., compreendendo o período entre novembro de 2000 e outubro de 2002.

O Fisco considerou como vendas realizadas os dados constantes dos arquivos magnéticos que foram obtidos através de diligência efetuada no estabelecimento King Enxovais Ltda. EPP, I.E. 367.001136.00-80, nome de fantasia GRANATÃO. Nesta diligência, o Fisco verificou que o contribuinte armazenava no seu computador as suas informações econômico-fiscais relativas às saídas de mercadorias tributadas pelo ICMS, bem como as de diversos estabelecimentos.

A partir da verificação o Fisco efetuou a copiagem e autenticação dos arquivos magnéticos referentes às vendas realizadas pelos contribuintes, procedimento que se deu, conforme consta dos autos, na presença do sócio do estabelecimento King Enxovais, Sr. Lucio Mauro Paschoalim, Carteira de Identidade n.º M-5.841.946, o qual teria autorizado o Fisco a executar a abertura e transcrição dos arquivos copiados, conforme Declaração de Recibo do Termo de Copiagem anexa à fl. 12.

São estes os fatos que fundamentaram a autuação em análise.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação, às fls. 79 a 83, sob os argumentos que passamos a sintetizar:

- o Fisco instruiu os autos com demonstrativos do primeiro e do último dia de cada mês, não apresentando cópia impressa de todos os arquivos;

- não é possível fazer a abertura do arquivo contido no “disquete”, conforme declaração de empresa especializada (fl. 143), ficando caracterizado o cerceamento ao direito de defesa, devendo-se determinar a entrega de todo levantamento e a reabertura do prazo para contestação ou recolhimento com reduções legais;

- o Fisco, através do “instituto jurídico da simulação dos atos jurídicos”, pretende afirmar que as pessoas que figuram nos instrumentos contratuais não são os proprietários do estabelecimento, mas sim a Sra. Viviane Paschoalim, que assinou o TAD e que se apresenta como a proprietária do estabelecimento Granatão, conforme matéria publicada em jornal (fl. 66);

- não existe campo para a desconsideração do negócio jurídico e o Fisco apenas quer dar ênfase a anotações constantes das “fichas” do computador, apreendidas no estabelecimento Paschoalim Serviços de Processamento de Dados Ltda;

- diz que o Código Civil não ampara a presunção fiscal, haja vista a falta da declaração que exige a lei para a invalidação dos instrumentos contratuais;

- não se traduz em verdade real os registros, o fato de a empresa de prestação de serviços estar localizada no terceiro andar do prédio onde funciona a empresa – varejista ;

- os “lançamentos” relativos às saídas de mercadorias são de responsabilidade exclusiva da Paschoalim Serviços de Processamento de Dados Ltda.;

- a procuração outorgada pela sua sócia gerente - Sra. Viviane Paschoalim tem por objetivo a representação perante repartições públicas que o exigem, sendo que o fato de constarem outros poderes decorre de que os instrumentos públicos estão previamente contidos destas cláusulas”, bastando qualquer pessoa comparecer a um cartório para se obter procuração idêntica;

- a outorga de poderes é exercício regular de direito, não configurando simulação no sentido de acobertar propriedade material;

- no ato simulado dispensa-se a prestação de contas, o que não ocorre no caso em tela;

- a responsabilidade lhe imputada pelo Fisco pelos lançamentos nas “fichas” está desconstituída;

- os arquivos eletrônicos não podem ser seus, já que não efetua pagamentos de comissões aos empregados, bem como não existe o vendedor de nome Bassan em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

seu quadro de funcionários (anexa cópia de folha de pagamentos, fls. 106 a 128 dos autos, e do Livro de Registro de Empregados, fls. 129 a 133);

- o Fisco alterou os arquivos eletrônicos ao fazer a “modificação” da extensão DBF para XLS, acrescentando supostas vendas sem emissão de notas, carecendo de credibilidade o lançamento tributário;

- o lançamento tributário carece de credibilidade, apontando que o Fisco não levou em consideração valores duplicados, exemplificando o dia 04/12/00, com valores de R\$ 36,30 para o vendedor Bassan, e o dia 30/12/00, com valores de R\$ 3,99 para a vendedora Valquíria;

- a Lei n.º 6.763/75 não prevê a aplicação de alíquota média, tornando inviável a exigência fiscal;

- o artigo 52, inciso IX do Anexo X do RICMS/MG, não indica expressamente qual regime de tributação deve ser aplicado às receitas apuradas em descompasso com as declaradas, invalidando o lançamento por falta de previsão legal;

- a multa de 40% do valor da saída incide sobre mercadorias encontradas sem documentação fiscal diverso da espécie.

Finaliza esperando que o processo seja anulado, que as cópias impressas dos arquivos magnéticos lhe sejam entregues para o exercício regular do direito de defesa e que seja cancelado o Auto de Infração.

Às fls. 160 e 161, a Impugnante confirma o recebimento de cópia impressa de todos os dados utilizados nos autos, bem como de novo CD contendo estes dados.

Sendo entregues os documentos à Impugnante foi também lhe devolvido prazo para manifestação. Nesta oportunidade, a Impugnante assim se manifesta em resumo:

- o Fisco afirma ter apreendido um “disquete” em seu estabelecimento, e, na realidade a apreensão ocorreu no estabelecimento Paschoalim Serviços de Processamento de Dados Ltda., não podendo o seu conteúdo ser encarado integralmente como venda de mercadorias;

- não se pode tomar como verdadeiros os dados manuseados por terceiros sem a participação do titular;

- também não podem os lançamentos contidos em arquivos magnéticos serem considerados como valores de vendas omitidas;

- nem todo orçamento transforma-se em venda, fato desconsiderado pelos autuantes, sendo que os meios de informática disponíveis possibilitam o registro de todas as operações de um estabelecimento, inclusive as que não trazem consequência financeira, na forma de pesquisa de consumidores;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a imputação de um delito deve ser precedida de provas, não se podendo imputar aos registros eletrônicos a comprovação de vendas desacobertadas;
- os valores dos orçamentos ficaram registrados nos arquivos magnéticos das empresas, as quais efetivamente emitiram documentação fiscal quando da efetivação da venda (Anexa documentos fiscais e não fiscais, fls. 173 a 177 dos autos);
- os arquivos eletrônicos que fundamentam os autos apresentam valores de orçamentos e de vendas, conforme relatório de fls. 178 a 394 dos autos.
- também anexa, fls. 395 a 472, cópias reprográficas de fitas detalhe emitidas, vinculando cupons fiscais com orçamentos.

Finaliza requerendo o cancelamento do Auto de Infração.

Às fls. 494 e 495, o crédito tributário é reformulado, com a exclusão das exigências relativas às linhas relacionadas nas fls. 476 a 483 dos autos. Regularmente intimada, a Impugnante argumenta que, com as provas por ela anexadas, o Fisco reconheceu que o Auto de Infração está eivado de nulidade, não bastando simplesmente excluir os valores informados.

O Fisco, em manifestação de fls. 504 a 511, refuta as alegações da defesa bem como descreve os fundamentos da ação fiscal e aponta os dispositivos legais em que se assenta o feito, requerendo, por fim, a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 512 a 520, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 474 a 487.

DECISÃO

Trata o presente lançamento de autuação fiscal em que se imputa à ora Impugnante a realização de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. O lançamento está alicerçado na conclusão retirada pelo Fisco através do confronto entre os dados constantes em arquivos magnéticos com os informados nos DAPI'S do contribuinte, relativos ao período entre novembro de 2000 e outubro de 2002.

DAS PRELIMINARES

Desde a sua primeira manifestação nos autos a Impugnante pugna pela nulidade do lançamento pelo fato do Fisco ter instruído os autos com demonstrativos do primeiro e do último dia de cada mês, não apresentando cópia impressa de todos os arquivos, e que não teria sido possível fazer a abertura do arquivo contido no “disquete”, ficando, inclusive, caracterizado o cerceamento ao direito de defesa,.

Em face desta arguição cabe ressaltar que os autos não foram instruídos com apenas com demonstrativos do primeiro e do último dia de cada mês. Como o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conteúdo dos arquivos magnéticos é extenso e objetivando indicar apenas o início e o fim das informações relativas a um mesmo período, foram anexados aos autos as cópias impressas de planilhas, onde se pode observar o número da primeira e da última linha contendo dados relativos a cada mês (arquivos originais de extensão DBF, fls. 20 a 36 dos autos).

Como os arquivos magnéticos não possuem totalizações, também foram anexadas, pelo Fisco, cópias de planilhas onde se observa a primeira e última linha relativas ao mês, bem como a totalização mensal (arquivos de extensão XLS, fls. 37 a 53 dos autos).

Para completar a instrução do presente Processo Tributário Administrativo, o Fisco anexou um “CD” (fl. 14 dos autos) contendo a integralidade dos arquivos originais DBF e dos de extensão XLS. Conforme informação do Fisco, também estão contidos no referido “CD” a compactação do arquivo copiado e Autenticado pelo Fisco, bem como o arquivo da chave de validação.

Há nos autos provas de que a Impugnante recebeu cópia idêntica do “CD”. Entretanto, a Impugnante anexa declaração (fl. 143), onde a empresa Fortuna Informática e Projetos Ltda. declara que não foi possível fazer a leitura da mídia entregue à Impugnante.

O Fisco alega por seu turno que os arquivos eletrônicos não foram apreendidos, mas sim copiados e autenticados, conforme Termo de Cópia e Autenticação, de fls. 11 dos autos, ficando completamente disponíveis para o contribuinte e para o seu prestador de serviços de informática.

Efetivamente acreditamos que para o exercício de sua plena defesa a Impugnante necessitaria de acesso a todas as informações utilizadas pelo Fisco para desenvolver seu trabalho. Apesar de ter sido feita a cópia e os arquivos permanecerem disponíveis à Defendente, esta não poderia saber exatamente quais os dados foram utilizados a não ser que se valesse exatamente do mesmo arquivo do Fisco. O conhecimento sobre as informações contidas nos arquivos utilizados pelo Fisco, até para a verificação de sua exatidão perante os arquivos que ficaram disponíveis à Impugnante, era necessário para se retirar qualquer dúvida quanto à plenitude do direito de defesa.

Entretanto, o próprio Fisco apresentou cópia física de todo o levantamento, conforme recibo de fl. 160 e, objetivando impedir que a Impugnante argumentasse a impossibilidade de conferência da documentação física devido à não abertura do “CD”, providenciou também a entrega de nova cópia do “CD” que instrui os autos. Este foi efetivamente recebido conforme atesta o documento de fl. 161.

Em face de todo o exposto e, principalmente considerando a entrega de todos os dados que embasaram o lançamento à Impugnante, afasta esta a arguição de cerceamento do seu direito de defesa, o qual restou amplamente assegurado nos presentes autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO MÉRITO

Consolidando o relatório retro apresentado temos que a autuação cuja análise é submetida ao crivo do Conselho de Contribuintes versa sobre a imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

O Fisco chegou a tal conclusão através do confronto entre os dados constantes em arquivos magnéticos com os informados nos DAPI'S do contribuinte King Enxovais Ltda., relativos ao período compreendido entre novembro de 2000 e outubro de 2002.

Em seu trabalho o Fisco considerou como vendas realizadas os dados constantes dos arquivos magnéticos que foram obtidos através de diligência efetuada no estabelecimento King Enxovais Ltda. EPP, I.E. 367.001136.00-80, nome de fantasia GRANATÃO. Nesta diligência, o Fisco verificou que o contribuinte armazenava no seu computador as suas informações econômico-fiscais relativas às saídas de mercadorias tributadas pelo ICMS, bem como as de diversos estabelecimentos.

A partir da verificação o Fisco efetuou a cópia e autenticação dos arquivos magnéticos referentes às vendas realizadas pelos contribuintes, procedimento que se deu, conforme consta dos autos, na presença do sócio do estabelecimento King Enxovais, Sr. Lucio Mauro Paschoalim, Carteira de Identidade n.º M-5.841.946, o qual teria autorizado o Fisco a executar a abertura e transcrição dos arquivos copiados, conforme Declaração de Recibo do Termo de Cópia anexa à fl. 12.

São estes os fatos que fundamentaram a autuação em análise.

Cabe registrar que, ao contrário do alegado pela Impugnante, a procuração de fl. 69 dos autos delega poderes para a Sra. Viviane Paschoalim gerir os negócios do outorgante sem a necessidade da manifestação dos sócios do estabelecimento, o que justifica o fato da referida senhora, juntamente com o sócio Lúcio Mauro Paschoalim, ter assinado o TAD nº 012613, utilizado para a apreensão do disco rígido (HD) e de outros documentos.

A Paschoalim Serviços de Processamento de Dados Ltda., cuja sócia é Viviane Paschoalim, funciona nas dependências do estabelecimento da Impugnante, em sala no terceiro andar, sendo o acesso somente possível através da loja King Enxovais Ltda.

Além de já ter sido sócia gerente da ora Impugnante, conforme consulta "Todos os sócios de uma contribuinte" (fl. 65), e da procuração (fl. 69), comprova o vínculo da Sra. Viviane Paschoalim com a empresa ora Autuada o fato de a mesma apresentar-se publicamente como proprietária da King Enxovais Ltda., nome fantasia GRANATÃO, como pode ser observado nas cópias de matérias publicadas na imprensa local (fls. 66 e 67).

Fora a participação da Sra. Viviane Paschoalim na gerência da Impugnante, o Fisco verificou também que o CPD executa o processamento eletrônico dos dados da

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ora Defendente. Acrescente-se que, não só o Fisco, mas também a própria Impugnante informa que a Paschoalim Serviços de Processamento de Dados Ltda. executa o seu processamento de dados, conforme pode ser observado na cópia de nota fiscal de serviços anexada aos autos à fl. 88.

Considerando-se que a própria Autuada delegou a função de processamento de dados à Paschoalim Serviços de Processamentos Dados Ltda., não podemos concordar com sua argumentação de não ser responsável pelos arquivos magnéticos que fundamentaram os autos.

Destaque-se também que não podemos concordar com a informação de defesa de que os arquivos magnéticos foram apreendidos no recinto do estabelecimento da empresa Paschoalim Serviços de Processamento de Dados Ltda., uma vez que tal não se encontra plenamente demonstrado nos autos.

A ação fiscal se deu no dia 13 de maio de 2004 tendo se desenvolvido nas dependências do Estabelecimento King Enxovais Ltda., nome fantasia Granatão, sendo identificado no terceiro andar da loja um centro de processamento de dados.

Posteriormente, através de consulta ao SERPRO, o referido centro de processamento de dados foi identificado como Paschoalim Serviços de Processamento de Dados Ltda.

A argumentação da Impugnante de que sua contestação será restrita às “fichas” impressas, face ao alegado cerceamento de defesa, apresenta-se inócua, já que o Fisco afastou a hipótese de cerceamento de defesa ao efetuar a entrega de toda a documentação impressa e de um novo “CD”, conforme analisado preliminarmente.

Objetivando efetuar a totalização dos valores considerados pelo Fisco como relativos às saídas, este importou para o software EXCEL os arquivos eletrônicos de extensão **DBF** sendo que a Impugnante não apontou qualquer dado que pudesse ter sido alterado pelo Fisco.

Os valores apontados pela Impugnante como duplicados referem-se a registros distintos conforme se pode observar à fl. 21 dos autos onde os lançamentos do dia 04 de dezembro de 2000, com valores de R\$ 36,30, apresentam registros distintos para o campo CODIGO (relativo à mercadoria).

Já os lançamentos do dia 30 de dezembro de 2000, com valores de R\$ 3,99 para a vendedora Valquíria, apresentam registros distintos para o campo NOTA.

A alegação de que não existe vendedor de nome “Bassan” em seu quadro de funcionários não tem o condão de descaracterizar os lançamentos constantes dos registros apreendidos ainda mais considerando-se que a Impugnante já teve, como sócio gerente, no período de 19 de novembro de 1998 a 04 de agosto de 2000, o cidadão Bassan Mohamed Hammoud, conforme comprova a consulta “Todos os sócios de um contribuinte”, anexa às fls. 65 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante refuta a adoção da alíquota média pelo Fisco, buscando também com este argumento descaracterizar o lançamento. No entanto, como a Impugnante encontra-se enquadrada no regime de EPP, o Fisco adotou o critério da alíquota média mensal do setor, não tendo vindo elementos aos autos capazes de demonstrar que o procedimento do Fisco não espelha a realidade. Cumpre destacar que, caso a Impugnante tivesse alcançado demonstrar que a utilização das alíquotas médias não retratava sua realidade ou que outro valor deveria ser adotado como média, esta decisão poderia tomar rumo diverso.

A Impugnante também menciona o inciso IX do artigo 52 do Anexo X do RICMS/02, em sua defesa. Acreditamos que a Impugnante quis se referir ao inciso IX do artigo 46 do Anexo X do RICMS do RICMS/96, que é a legislação aplicável ao período objeto de autuação.

Entretanto, não vislumbramos a falta de previsão legal alegada pela Impugnante.

Constitui obrigação da Empresa de Pequeno Porte - EPP a emissão regular de documentação fiscal para acobertar todas as suas operações, conforme preceitua o artigo 18, Inciso II do Anexo X do RICMS/96, *in verbis*:

"Art. 18 - A empresa de pequeno porte deverá:

.....

II - emitir regularmente os documentos fiscais para acobertar todas as operações e prestações que realizar, vedado o destaque do ICMS, ressalvado o disposto no § 2º;

.....

§ 2º - O imposto será destacado no documento fiscal de emissão do:

1) estabelecimento industrial de empresa de pequeno porte, relativo a operações tributadas com produtos destinados a contribuintes do imposto, calculado mediante a aplicação da alíquota prevista no artigo 43 deste Regulamento sobre o valor da operação;

2) estabelecimento distribuidor ou atacadista de empresa de pequeno porte, relativo a operações tributadas destinadas a contribuintes do imposto, calculado mediante a aplicação da alíquota prevista no artigo 43 deste Regulamento sobre o valor da operação.

....."

O que se determina no artigo 46 acima referido é que no caso de saídas desacobertadas de documentação fiscal a exigência do ICMS ocorre sem qualquer benefício, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 46 - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não é aplicável, observado o disposto no § 2º do artigo 47 deste Anexo:

.....

VIII - à aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal, ou com documento falso ou inidôneo, ainda que objeto de denúncia espontânea;

IX - à operação ou à prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, ou com documento falso ou inidôneo, ainda que objeto de denúncia espontânea.

.....”

No que tange à argumentação de defesa relativa à multa aplicada ao percentual de 40% (quarenta por cento) temos que a mesma não se apresenta muito clara. Entretanto, pode-se afirmar com segurança que a aplicação do referido percentual obedeceu estritamente ao princípio da legalidade objetiva, estando os dispositivos legais pertinentes à citada multa expostos no Auto de Infração.

Argumenta também a Impugnante que nem todos os orçamentos foram convertidos em vendas e que, quando se convertem, ocorre a emissão de documento fiscal.

Este argumento de defesa preocupa sobremaneira o julgador no deslinde de casos como o que agora se apresenta. Cabe portanto uma análise detida da questão. Conforme relato da própria Impugnante, orçamentos realmente podem registrar informações relativas ao nome do vendedor, mercadoria, preço unitário e total. Entretanto, os arquivos eletrônicos que instruem os autos também possuem o campo COMISSÃO (coluna G) que expressa, em valores monetários, o ganho do vendedor relativamente a cada operação. Este campo, entendemos, demonstra que estes arquivos são relativos às vendas efetivadas, pois da razoabilidade se abstrai não ser possível ou mesmo crível que haja pagamento de comissões para orçamentos. Só há pagamento de comissões para vendas realizadas. Assim, não como acolher a argumentação da Defendente neste ponto.

O relatório “Relação de Notas/Orçamentos da loja ... King Enxovais” (fls. 178 a 394), anexado pela Impugnante, apresentando a comparação de registros extra fiscais distintos como se fossem o mesmo, não nos permite chegar em conclusões diferentes das tomadas pela Fiscalização, pois as cópias de cupons fiscais são comparadas com documentação extra fiscal, sem qualquer controle de emissão.

Essencialmente, o que se deve discutir é se existem registros coincidentes nos arquivos eletrônicos, os quais, uma vez identificados, devem ser excluídos do levantamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi assim que agiu o Fisco, eliminando os registros constantes nas fls. 475 a 483 dos autos, reformulando o crédito tributário.

Após a reformulação feita e considerando todos os elementos existentes nos autos, conclui-se que os estes encontram-se devidamente instruídos com dados que comprovam que os registros constantes dos arquivos eletrônicos correspondem a vendas efetuadas.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a argüição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação de fls. 474/487. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Edwaldo Pereira de Salles e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 12/05/06.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora

LMMP/EJ