

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	18.856/08/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000158401-99	
Impugnação:	40.010123241-32	
Impugnante:	Minas Pluss Supermercado Ltda.	
	IE: 186022323.00-68	
Proc. S. Passivo:	Alexandre Filadélfo da Silva/Outro(s)	
Origem:	DF/Contagem	

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRA-FISCAL. Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado com os dados de sua escrita fiscal. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada, esta capitulada no art. 55, II, da Lei nº 6.763/75, majorada em 50%, com fulcro nos §§ 6º e 7º, do art. 53, da mesma lei. O crédito tributário deve ser retificado mediante a utilização, de forma proporcional, de percentuais relativos às diversas situações tributárias das operações praticadas pelo Contribuinte devendo a Multa Isolada aplicada, capitulada no art. 55, inc. II, da Lei nº 6.763/75, ser adequada ao disposto no § 2º, do mesmo dispositivo legal. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de agosto de 2007 a março de 2008, em função de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais relativos às vendas realizadas através de impressoras não-fiscais, irregularmente utilizadas pelo Sujeito Passivo no recinto de atendimento ao público de seu estabelecimento.

Exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II, da Lei nº 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento), com fulcro nos §§ 6º e 7º, do art. 53, do mesmo diploma legal (reincidência).

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF (fl. 02); Termo de Apreensão e Depósito – TAD – nº 034616 (fl. 03); Intimações e resposta da Autuada (fls. 04/12); Auto de Infração – AI (fls. 13/14); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCM (fl. 15); Relatório Fiscal (fls. 16/18); Planilha de Vendas Efetuadas pelas Impressoras Não Fiscais (fl. 21); Demonstrativo de Cálculo da Multa de Revalidação (fl. 23); Demonstrativo de Cálculo da Multa Isolada (fl. 25); Leituras das Memórias Fiscais dos ECFs Autorizados (fl. 27); Relatórios “Relação de Vendas por Caixa” (fls. 28/36); Telas SICAF constatando a reincidência (fls. 38/43); Termo de

Constatação (fls. 46/47) e Cupons não fiscais emitidos pelas impressoras não-fiscais (fls. 49/50).

Da Impugnação

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 52/62, alegando, resumidamente, o que segue.

Alega, inicialmente, que para que se sustente o AI em epígrafe, é necessário que se apure a existência cabal das operações mercantis que geraram o crédito sob reclamo.

Aduz que o Fisco se apegou tão somente em documentos de interpretação dúbia, os quais, por si só, não comprovam faturamento e que os fatos e documentos utilizados para fundamentar a cobrança do imposto e multas não podem servir de prova daquelas operações que lhe são incididas.

Sustenta que o Fisco, sem qualquer fundamento probatório válido, na ânsia de fomentar os cofres públicos, emitiu o presente AI sem prova capaz de validar seu trabalho, desconsiderando os princípios da legalidade e da motivação e utilizando premissas que não passam de conjecturas, sem, também, fundamento jurídico que lhe desse respaldo.

Assevera que os faturamentos sob discussão não ocorreram, sendo imaginária a conclusão de que deixou de declarar e recolher tributos no período exigido.

Salienta que o fato de o Fisco apresentar, junto ao AI, documentos, por ela intitulados “Relatórios – Relação de Vendas por Caixa”, ainda que por ela vistados, não autorizam seu recebimento como prova absoluta da existência do faturamento omitido.

Ressalta que tais documentos, os quais mencionam seu nome, a expressão “Relação de Vendas por Caixa”, seguido do período, números dos caixas e valores, foram impressos pelo Fisco, através de dados constantes de um computador encontrado em seu estabelecimento, mas que não provam faturamento, ainda mais no montante informado.

Expõe que o carimbo e rubrica apostos nestes documentos não sinalizam reconhecimento da veracidade do respectivo teor, pois não há nenhuma menção nesse sentido. E que o seu representante rubricou tais documentos a pedido do Fisco, mas na intenção de confirmar que os mesmos haviam sido impressos no ato da fiscalização.

Alega que o Fisco se aproveitou de tal circunstância para arrolar os citados documentos como prova incontestável dos faturamentos omitidos, e que se utilizou de mera presunção para lhe incidir o montante do imposto sob cobrança.

Aduz que realmente utilizou alguns emissores de cupons fiscais, os quais foram apreendidos pelo Fisco e, após lavrada a respectiva multa, acatou sua responsabilidade e saldou o valor da penalidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sustenta que os ECFs apreendidos foram adquiridos e utilizados no mês de março de 2008 e que nos mesmos não constam registros de vendas anteriores a esse período.

Assevera que embora o Fisco tenha juntado aos autos um cupom, datado de 10/07/07, referente ao caixa 20, desconhece tal documento. Além disso, não consta no mesmo a identificação de sua origem, como empresa, endereço ou CNPJ de quem o tenha expedido. Assim, impugna tal documento como prova das alegações do Fisco.

Cita doutrina e legislação com o objetivo de refutar a exigência de tributo com base em mera presunção.

Solicita, em nome do princípio da eventualidade, que diante de entendimento favorável ao erário público a respeito da autuação ora guerreada, seja alterado o percentual da multa isolada e afastada a multa pela reincidência.

Salienta que o valor da multa isolada está excessivo, muito acima do patamar legal.

Ressalta que há impropriedade na aplicação do art. 55, inciso II da Lei 6763/75, pela grandeza de 40%, quando a mesma lei prescreve tipificação específica para a conduta do contribuinte, diminuindo a multa para 20% quando as infrações a que se refere esse inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte.

Expõe que o caso presente é perfeitamente aplicável à regra da redução do percentual para 20%, já que o levantamento dos valores apurados originou-se, exclusivamente, com base em documentos, ainda que impugnados.

Alega que dessa forma, houve o excesso da multa aplicada, decorrente de interpretação inexata efetuada pelo Fisco, razão pela qual a penalidade aplicável deve ser de 20% sobre o valor das operações.

Sustenta não haver reincidência apontada pelo Fisco, já que as autuações verificadas não se identificam com as tratadas no presente AI.

Alega que o assunto depende de conhecimento técnico específico, sendo necessária a realização de perícia para elucidar a questão, apontando quesito solicitando ao perito que apresente os valores de vendas constantes das impressoras não-fiscais, para confirmação ou não da coincidência destes dados com aqueles utilizados pelo erário como base de cálculo do imposto e multas sob discussão.

Solicita, preliminarmente, que lhe seja deferida perícia que fornecerá parecer a respeito dos registros de faturamentos constantes dos ECFs apreendidos pelo Fisco.

Requer o cancelamento do AI em destaque, pois considera inexistir provas que lhe faça devedor dos valores que lhe são ora cobrados.

Em caso de entendimento contrário, pede a reforma do percentual a multa isolada, bem como a exclusão das exigências majorativas devido à multa de reincidência.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 76/89, refuta detalhadamente as alegações da defesa, pedindo, ao final, seja o lançamento julgado procedente.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em bem fundamentado parecer de fls. 97/106, que foi adotado para a decisão, da qual passou a fazer parte integrante, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais argüidas e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos dos demonstrativos que anexa à fl. 107.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG às fls. 97/107, como já dito, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

1. Preliminares

1.1. Da Prova Pericial Requerida

A Impugnante requer a realização de prova pericial, apresentando, para tanto, o seguinte quesito:

“COM BASE NOS REGISTROS CONSTANTES NAS IMPRESSORAS FISCAIS APREENDIDAS PELO FISCO, PODE O EXPERT APRESENTAR QUAIS OS VALORES DE VENDAS ALI CONSTANTES, RELATIVOS AO PERÍODO DE AGOSTO DE 2.007 A 06 DE MARÇO DE 2.008, CONFIRMANDO OU NÃO SE OS MESMOS COINCIDEM COM AQUELES UTILIZADOS PELO ERÁRIO COMO BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO E MULTAS SOB DISCUSSÃO.” (G.N.)

Ocorre, entretanto, que as impressoras apreendidas pelo Fisco **não são** impressoras fiscais (*fl. 03*), por não possuírem dispositivos internos de armazenamento das operações através delas realizadas.

Para melhor compreensão acerca da diferença entre as impressoras fiscais e as não-fiscais, serão abaixo abordadas algumas considerações técnicas sobre “ECF” e “Memória Fiscal”, cabendo ressaltar que o Fisco, em sua excelente manifestação, traz informações detalhadas sobre o assunto.

De acordo com a definição contida no Convênio ICMS 85/2001, “*ECF é o equipamento de automação comercial com capacidade para emitir documentos fiscais e realizar controles de natureza fiscal, referentes a operações de circulação de mercadorias ou a prestações de serviços*”.

O ECF compreende três tipos de equipamentos:

I - Emissor de Cupom Fiscal - Máquina Registradora (ECF-MR): ECF com funcionamento independente de programa aplicativo externo, de uso específico, dotado de teclado e mostrador próprios;

II - **Emissor de Cupom Fiscal - Impressora Fiscal (ECF-IF)**: ECF implementado na forma de impressora com finalidade específica, que recebe comandos de computador externo;

III - **Emissor de Cupom Fiscal - Terminal Ponto de Venda (ECF-PDV)**: ECF que reúne em um sistema único o equivalente a um ECF-IF e o computador que lhe envia comandos.

O Convênio ICMS 85/2001 estabelece que esses equipamentos devem conter uma unidade de **memória fiscal**, dotada de campos para gravação de diversos dados, de forma que a sua leitura possa fornecer as seguintes informações, dentre outras: *totalizador de Venda Bruta Diária; totalizadores parciais tributados pelo ICMS, com a respectiva carga tributária; totalizadores parciais de operações isentas, com não-incidência ou sujeitas à substituição tributária; totalizadores parciais de cancelamentos; totalizadores parciais de descontos e totalizadores parciais de acréscimos.*

As impressoras apreendidas pelo Fisco no estabelecimento autuado, por serem não-fiscais, não possuem memória fiscal e, por consequência, não armazenam os dados acima citados.

Os dados relativos às operações realizadas através dessas impressoras eram controlados através de aplicativo “paralelo” instalado em CPUs (*Unidades Centrais de Processamento*) a elas interligadas, em conjunto com o programa gerencial de retaguarda do servidor.

O Fisco somente teve condições de apurar a receita de vendas vinculadas às impressoras não-fiscais após verificar o computador servidor instalado no estabelecimento autuado, oportunidade em que constatou que todas as saídas de mercadorias eram controladas pelo programa gerencial que emitiu os relatórios acostados às fls. 29/36, intitulados “*Relação de Vendas por Caixa*”.

Nos mencionados relatórios, os valores relativos aos caixas de numeração “15”, “20”, “30” e “40” representam as vendas realizadas através das impressoras não-fiscais, ou seja, somente através desta documentação extrafiscal é que o Fisco pôde aferir o valor global das saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Os dados relativos aos caixas de numeração “1” e “2” referem-se aos ECFs regularmente utilizados pela Impugnante (*ECFs com utilização autorizada pela SEF/MG*)

Assim sendo, dever ser indeferida a prova pericial requerida, com fulcro no art. 142, § 1º, II, “a”, do RPTA/MG, por ser desnecessária e ineficaz, uma vez que as impressoras apreendidas, conforme salientado acima, não possuem memória fiscal, não contendo, portanto, dados armazenados relativos às vendas através delas realizadas.

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

Pelo que se depreende dos argumentos da Impugnante, a perícia teria sido requerida com o intuito de contraditar a afirmação do Fisco contida no relatório do Auto de Infração de que “*as saídas registradas nas impressoras não fiscais foram consideradas desacobertas de documentos fiscais*”, uma vez que a própria requerente afirma que as impressoras não contêm esses registros (fl. 60).

Ora, quando o Fisco utiliza o termo “*saídas registradas nas impressoras não fiscais*”, na verdade ele está fazendo referência às **saídas processadas, efetivadas ou realizadas** através das aludidas impressoras, pois, conforme salientado acima, as impressoras não-fiscais não têm capacidade de armazenar dados, por não possuírem memória fiscal.

Caso possuíssem memória fiscal, bastaria ao Fisco realizar a sua leitura para que pudesse ter acesso às vendas efetivadas sem a emissão da documentação fiscal correspondente, sem precisar lançar mão de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado.

Além disso, tanto no relatório do Auto de Infração, quanto no relatório complementar anexado às fls. 16/18, o Fisco fez menção ao documento extrafiscal por ele apreendido, intitulado “*Relação de Vendas por Caixa*”, que embasou toda a autuação, demonstrando, portanto, que as saídas desacobertas foram apuradas a partir desse documento e não de valores **registrados** nas impressoras não-fiscais, no sentido literal a que faz alusão a Impugnante.

Assim, além de desnecessária e supérflua pelas provas produzidas nos autos, a perícia requerida afigura-se protelatória, devendo, por mais este motivo, ser indeferida.

1.2. Arguição de Autuação Baseada em Presunção

Segundo a Impugnante, o Fisco, sem qualquer fundamento probatório válido, na ânsia de fomentar os cofres públicos, aventurou-se no presente Auto de Infração sem prova capaz de validar seu trabalho.

No seu entender, tendo assim agido, o Fisco teria desconsiderado os mais visíveis princípios legais a que se subordina a Administração Pública, especialmente pela inobservância dos princípios da legalidade e da motivação.

Ressalte-se, inicialmente, que o Auto de Infração em apreço foi lavrado com todos os requisitos formais previstos no art. 89, do RPTA/MG, contendo, em especial, descrição clara e precisa do fato que motivou a sua emissão e das circunstâncias em que foi praticado, além de citação expressa do dispositivo legal infringido e o relativo à penalidade aplicada.

Por outro lado, ao contrário do alegado pela Impugnante, a farta documentação carreada aos autos pelo Fisco comprova, de forma inequívoca, a acusação fiscal, o que poderá ser observado na análise de mérito da presente lide.

Não há que se falar, portanto, em vícios ou em nulidade do Auto de Infração.

2. Do Mérito

2.1. Das Saídas Desacobertadas - Impressora Não-Fiscal - Utilização Irregular

Conforme já relatado, versa a presente autuação sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de agosto de 2007 a março de 2008, em função de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais relativos às vendas realizadas através de impressoras não-fiscais, irregularmente utilizadas pelo Sujeito Passivo no recinto de atendimento ao público de seu estabelecimento.

As exigências referem-se ao ICMS não recolhido ao erário, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada, esta prevista no art. 55, II, da Lei 6763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento), com fulcro nos §§ 6º e 7º, do art. 53, do mesmo diploma legal (reincidência).

A utilização de impressoras não-fiscais pelo estabelecimento autuado foi constatada através de diligência realizada pelo Fisco em 07/03/2008, que se encontra minuciosamente narrada às fls. 80/81 da Manifestação Fiscal.

Ressalte-se que a utilização de impressoras não-fiscais é vedada pelo art. 13, do Anexo VI, do RICMS/02.

Art. 13 - Fica vedado o uso no recinto de atendimento ao público de equipamento destinado exclusivamente ao controle interno do estabelecimento, bem como de qualquer outro que emita documento que possa ser confundido com documento fiscal emitido por ECF. (G.N.)

Ainda no tocante à utilização dessas impressoras, bem como de aplicativos também paralelos (*não autorizados pela SEF/MG*), merecem especial destaque as declarações abaixo reproduzidas, prestadas pelos Srs. Waldeir Pereira da Silva, sócio gerente do estabelecimento autuado, e Oséias Barbosa Pereira, técnico em informática e prestador de serviços da empresa, constantes no “*Termo de Constatação*” acostado às fls. 46/47:

“1) QUANDO O SR. WALDEIR ADQUIRIU A EMPRESA, O PROGRAMA APLICATIVO NÃO FISCAL JÁ ESTAVA INSTALADO NOS MICROCOMPUTADORES DO RECINTO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO.

2) O SR. WALDEIR NÃO POSSUI O CONTRATO DE CESSÃO DE USO DO PROGRAMA **APLICATIVO NÃO FISCAL UTILIZADO PARA ENVIAR COMANDOS DE IMPRESSÃO DE DOCUMENTO SIMULADOR DE CUPOM PARA IMPRESSORAS NÃO FISCAIS. O SOFTWARE E AS IMPRESSORAS NÃO FISCAIS ESTAVAM INSTALADOS NOS MICROCOMPUTADORES DO RECINTO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO, SENDO UTILIZADAS REGULARMENTE PARA REGISTRO DAS OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS.**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3) O PROGRAMA DE RETAGUARDA E GERENCIAMENTO, DENOMINADO 'GEST', FOI ADQUIRIDO EM MARÇO DE 2007, APÓS A COMPRA DO ESTABELECIMENTO, E POSSUI INTEGRAÇÃO TANTO COM O PROGRAMA APLICATIVO NÃO FISCAL QUANTO COM O FLASH PDV (PROGRAMA APLICATIVO FISCAL).

4) O SR. OSÉIAS PROCEDEU A PARAMETRIZAÇÃO DO PROGRAMA APLICATIVO NÃO FISCAL PARA EXPORTAÇÃO DOS DADOS DE VENDAS REGISTRADAS PARA O PROGRAMA DE RETAGUARDA 'GEST'.

5) O SR. OSÉIAS REALIZA MANUTENÇÕES ESPORÁDICAS NO HARDWARE DOS MICROCOMPUTADORES DO RECINTO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO.

6) O SR. OSÉIAS REALIZOU A INSTALAÇÃO FÍSICA DAS IMPRESSORAS NÃO FISCAIS (CAIXAS 15, 20, 30 E 40) LOGO APÓS O DEFERIMENTO DO PEDIDO DE USO DOS ECFs BEMATECH NºS DE FABRICAÇÃO BE0306SC95510819750 E BE0306SC5510819754.

7) O SR. OSÉIAS PROCEDEU A REINSTALAÇÃO DO PROGRAMA APLICATIVO NÃO FISCAL QUANDO ESTE APRESENTOU ERROS. PARA TANTO, UTILIZOU O INSTALADOR DE TAL PROGRAMA QUE SE ENCONTRAVA NO HD DE UM DOS MICROCOMPUTADORES DO RECINTO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO.

8) AS IMPRESSORAS NÃO FISCAIS, O PROGRAMA APLICATIVO NÃO FISCAL E OS MICROCOMPUTADORES JÁ PERTENCIAM À EMPRESA QUANDO O SR. WALDEIR A COMPROU.

9) SOMENTE UM MICROCOMPUTADOR FOI ADQUIRIDO APÓS A INCLUSÃO DO SR. WALDEIR NO QUADRO SOCIETÁRIO. O SR. OSÉIAS, UTILIZANDO O INSTALADOR JÁ DISPONÍVEL NO HD DE OUTRO MICRO DO RECINTO DE ATENDIMENTO, PROCEDEU A INSTALAÇÃO DO APLICATIVO NÃO FISCAL TAMBÉM NO MICRO NOVO.

10) O SR. OSÉIAS DELETOU DOS MICROCOMPUTADORES DE RECINTO DE ATENDIMENTO NÃO APREENDIDOS OS ATALHOS PARA O PROGRAMA APLICATIVO NÃO FISCAL.

11) O SR. OSÉIAS, NO DIA 10/03/2008, OBEDECENDO À SOLICITAÇÃO DO SR. WALDEIR, APAGOU DO BANCO DE DADOS DO GEST, TODOS OS VALORES RELATIVOS ÀS VENDAS REALIZADAS ATRAVÉS DO USO DO PROGRAMA APLICATIVO NÃO FISCAL EM CONJUNTO COM AS IMPRESSORAS NÃO FISCAIS (CAIXAS 15, 20, 30 E 40).

12) O SR. OSÉIAS E O SR. WALDEIR ALEGAM SER IMPOSSÍVEL RECUPERAR TAIS DADOS APAGADOS E AFIRMAM NÃO POSSUIR NENHUM TIPO DE BACKUP." (G.N.)

Portanto, durante todo o período objeto da autuação, a Impugnante realizou vendas de mercadorias através de impressoras não-fiscais, juntamente com programa aplicativo também não-fiscal, utilizado para enviar comandos de impressão de documento simulador de cupons para as mencionadas impressoras.

Exemplos de cupons simulados (*não-fiscais*), com datas de emissão 10/07/2007, 17/07/2007 e 06/03/2008, respectivamente, estão acostados à fl. 50. Já à fl. 49, foram anexadas pelo Fisco "fitas" impressas contendo o resumo de vendas do caixa "030", nos dias 06/03/08 e 07/03/08, bem como o cupom não-fiscal nº. 034255, de 07/03/2008. Todos esses documentos foram encontrados no estabelecimento autuado.

Assim, a infração narrada pelo Fisco se mostra plenamente caracterizada, não se aplicando ao caso dos autos o disposto no art. 112, do CTN, como deseja a Impugnante.

2.2 - Do Crédito Tributário - Proposta de Retificação

O montante das saídas desacobertas foi apurado pelo Fisco através dos documentos acostados às fls. 29/36, intitulados “*Relação de Vendas por Caixa*”, apreendidos no estabelecimento autuado, sendo equivalente à soma das vendas realizadas através dos caixas nºs “15”, “20”, “30” e “40”, conforme demonstrado no quadro de fl. 102, cujos dados foram extraídos das planilhas de fl. 21.

Os documentos acima citados, por serem de extrema relevância, mereceram os seguintes comentários do Fisco:

“OS RELATÓRIOS ‘RELAÇÃO DE VENDAS POR CAIXA’, ANEXOS AO AUTO DE INFRAÇÃO, CORROBORAM DE FORMA FÁTICA E INDISCUTÍVEL O MONTANTE NEGOCIADO PELA IMPUGNANTE NO PERÍODO EM QUESTÃO, VEZ QUE SÃO DADOS CONSTANTES DE SEU PRÓPRIO GERENCIAMENTO, EMITIDOS POR COMPUTADOR DE SUA PROPRIEDADE E USO, SERVIDOR DAS IMPRESSORAS NÃO FISCAIS E DOS EQUIPAMENTOS DE CUPONS FISCAIS – ECFs. SOBRE ESTA QUESTÃO, VALE TAMBÉM RESSALTAR QUE NÃO FOI O FISCO QUEM INTITULOU OS RELATÓRIOS DE VENDAS. O PRÓPRIO PROGRAMA APLICATIVO GERENCIAL OS EMITIU COM ESTA NOMENCLATURA, POIS SE TRATA DE FATO, DE DOCUMENTO EXTRAFISCAL DE CONTROLE INTERNO DO CONTRIBUINTE SOBRE A REALIZAÇÃO DE SEU FATURAMENTO REAL.

TAIS INFORMAÇÕES CONTÁBEIS FORAM OMITIDAS DA FAZENDA PÚBLICA, UMA VEZ QUE OS DADOS DAS DECLARAÇÕES DE FATURAMENTO APRESENTADOS À RECEITA ESTADUAL SÃO SIGNIFICATIVAMENTE INFERIORES AOS CONSTANTES NOS CONTROLES GERENCIAIS INTERNOS DA AUTUADA, CONFORME DOCUMENTOS CONSTANTES ÀS FLS. 08 A 11 E 28 A 36.

SENDO ASSIM, É INCABÍVEL QUALQUER ARGUMENTAÇÃO DA DEFENDENTE NO SENTIDO DE TENTAR DESMERECEER A DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA OU O TRABALHO REALIZADO, PRINCIPALMENTE DIANTE DA DECLARAÇÃO FEITA PELO SR. WALDEIR (TERMO DE CONSTATAÇÃO – ANEXO VII ÀS FLS. 46 A 47 ITENS 1 A 9) ONDE O MESMO INFORMA QUE O PROGRAMA APLICATIVO NÃO FISCAL JÁ ESTAVA INSTALADO NOS MICROCOMPUTADORES INSTALADOS NO RECINTO DE ATENDIMENTO DESDE A AQUISIÇÃO DO SUPERMERCADO E ERA REGULARMENTE UTILIZADO PARA O REGISTRO DAS OPERAÇÕES DE MERCADORIAS JUNTAMENTE COM AS IMPRESSORAS NÃO FISCAIS. ALÉM DISSO, O CARIMBO DO ESTABELECIMENTO DO IMPUGNANTE E ASSINATURA DE SEU SÓCIO QUE FORAM APOSTOS NO RELATÓRIO, ATESTAM A VERACIDADE E AUTENTICIDADE DAS PROVAS.”

No que toca ao crédito tributário, deve-se salientar que, para fins de obtenção do ICMS devido, sobre o montante indicado no quadro à fl. 102 (*base de cálculo*), o Fisco aplicou a alíquota de 25% (*vinte e cinco por cento*), com fulcro no art. 29, IV, do Anexo VI, do RICMS/02, c/c § único, I, do mesmo dispositivo, in verbis:

Art. 29 - O uso de ECF, inclusive de seus periféricos, em desacordo com as disposições deste Anexo e de portaria da SRE importará a sua apreensão pelo Fisco, sendo consideradas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributadas todas as operações e prestações até então realizadas e registradas pelo equipamento, observado o seguinte:

(...)

IV - serão considerados tributados, conforme o caso, pela maior alíquota prevista para as operações ou prestações internas promovidas pelo estabelecimento, os valores gravados na Memória Fiscal a título de venda bruta diária, quando, cumulativamente:

a - o equipamento não possuir recursos de armazenamento, na Memória Fiscal, dos valores acumulados por situação tributária;

b - o contribuinte não dispuser das Fitas-Detalhes e Reduções Z emitidas no ECF;

c - o Fisco não puder conhecer e verificar as operações ou as prestações registradas no ECF, inclusive para o equipamento utilizado em Modo de Treinamento.

Parágrafo único - O disposto neste artigo aplica-se a quaisquer dos seguintes equipamentos mantidos pelo contribuinte em seu estabelecimento no recinto de atendimento ao público:

I - outro equipamento emissor de cupom, ou com possibilidade de emití-lo, não autorizado, inclusive os seus periféricos; (G.N.)

No entanto, está equivocada a adoção pelo Fisco, de forma linear, da alíquota de 25%, maior alíquota prevista para as operações internas promovidas pelo estabelecimento autuado.

Seria razoável a adoção da mencionada alíquota, se o contribuinte se dedicasse, por exemplo, à comercialização de cigarros e produtos de tabacaria ou de bebidas alcoólicas (exceto cervejas, chopes e aguardentes de cana ou de melaço).

Ocorre que a atividade da Impugnante é o comércio varejista de gêneros alimentícios em geral, com predominância no ramo de mercearia (*supermercado*), ou seja, a alíquota de 25% atinge a menor parte das mercadorias por ele comercializadas.

A adoção da alíquota máxima, de forma linear, deve ocorrer em casos extremos, por exemplo, quando a atividade preponderante do contribuinte estiver sujeita a essa carga tributária, observadas as demais condições cumulativas estabelecidas nas alíneas “a”, “b” e “c”, acima.

Diante desse fato, a Assessoria do CC/MG, através dos dados contidos nas leituras das memórias fiscais dos ECFs regularmente utilizados pela Autuada (fl. 27 – caixas “1” e “2”), calculou, de forma proporcional, as diversas situações tributárias relativas às operações praticadas pelo contribuinte (*saídas isentas, não tributadas, sujeitas à substituição tributária e com alíquotas de 7%, 12%, 18% e 25%*), obtendo os percentuais indicados no Quadro I anexado à fl. 107.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Utilizando os percentuais acima citados, foram recalculados os valores do ICMS e da Multa Isolada aplicada, capitulada no art. 55, II, da Lei 6763/75, adequando-a ao disposto no § 2º, do mesmo dispositivo legal, com redação dada pela Lei 15.956/05.

A retificação do crédito tributário proposta está demonstrada nos Quadros II, III e IV, também anexados à fl. 107.

Observada a retificação proposta, o feito fiscal afigura-se correto, sendo legítima a exigência do crédito tributário formalizado, constituído pelo ICMS, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada, esta capitulada no art. 55, II, da Lei nº 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento), com fulcro nos §§ 6º e 7º, do art. 53, do mesmo diploma legal (reincidência).

Art. 53 - Omissis

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes. (G.N.)

A majoração da multa isolada também foi efetuada de forma correta, uma vez que as telas do SICAF acostadas às fls. 39/41 demonstram que a Impugnante, em 07/05/2004, quitou as exigências relativas ao PTA 04.000273461-05, entre elas a relativa à Multa Isolada idêntica à exigida no presente processo (art. 55, II, da Lei 6763/75).

Ressalte-se que não se aplica ao caso dos autos a redução prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 55, da Lei 6763/75, uma vez que a irregularidade **não** foi apurada pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte.

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte.

Nesse sentido, vale lembrar que a autuação está centrada em documentos extrafiscais apreendidos, bem como na constatação pelo Fisco, através de diligência, de que o estabelecimento autuado estava a utilizar impressoras não fiscais de forma totalmente irregular.

No que toca especificamente ao ICMS, por estar a empresa autuada enquadrada no Simples Nacional, deve-se destacar que a sua exigência no período objeto da autuação está respaldada no art. 13, § 1º, XIII, “f”, da Lei Complementar 123/2006.

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 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:

(...)

f) na operação ou prestação desacombertada de documento fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação proposta pela Assessoria do CC/MG, às fl.107. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Janaina Oliveira Pimenta (Revisora) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 19 de novembro de 2008.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator