

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.860/08/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000152917-05
Impugnação: 40.010119060-31
Impugnante: Inteibras Export Import Ltda.
IE: 062009430.00-53
Proc. S. Passivo: Daniel Moreira do Patrocínio/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – ARQUIVO ELETRÔNICO. Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais relativos a vendas, constatadas a partir da análise de registros contidos em arquivos magnéticos gerados pelo Sujeito Passivo e apreendidos junto ao seu estabelecimento, confrontados com os valores das saídas registradas nos livros fiscais. **Infração caracterizada. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Dos Fatos

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de dezembro de 2004 a fevereiro de 2006, em função de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais relativos a vendas, constatadas a partir da análise de registros contidos em arquivos magnéticos gerados pelo Sujeito Passivo e apreendidos junto ao mesmo, conforme Termo de Apreensão e Depósito - TAD nº 012724, de 22/02/2006, confrontados com os valores de saídas registrados nos livros fiscais.

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inc II, da Lei nº 6.763/75.

O Fisco instruiu o processo com o Termo de Início da Ação Fiscal - TIAF (fl. 02); Termo de Apreensão e Depósito – TAD – nº 012724 (fl. 03); Auto de Infração – AI (fls. 04/06); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCM (fl. 07); Relatório Fiscal (fl. 08); Anexo I – Demonstrativo das vendas apuradas através da análise dos registros em arquivos magnéticos gerados pela Autuada (fls. 09/107); Anexo II – Demonstrativo das vendas desacobertas de documentos fiscais (fl. 108); Demonstrativo Gratificação Mensal (fls. 109/112); Controle Financeiro Mensal (fls. 113/130); Termo de Abertura de Lacres e Copiagem de Arquivos (fl. 131); CD

criptografado contendo os arquivos magnéticos copiados (fl. 132); cópias de pedidos (fls. 133/141); cópias de DAPISEF (fls. 142/156); cópia do livro Registro de Saídas (fls. 157/216) e cópia do livro Razão Analítico (fls. 217/230).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 231/249, alegando, resumidamente, que:

- o Fisco, baseado unicamente em arquivos eletrônicos contidos nas máquinas, expediu AI em seu desfavor, considerando suposta saída de mercadorias desacobertas de notas fiscais;
- a apreensão procedida pelo Fisco não foi garantida por qualquer decisão judicial;
- as informações que foram utilizadas para a apuração do crédito tributário não são suficientes para a comprovação da efetiva ocorrência dos supostos fatos geradores;
- os agentes fiscais acompanhados de policiais militares realizaram a apreensão dos computadores que continham as informações que foram utilizadas para a constituição do crédito tributário;
- o Fisco não agiu de forma legítima, vez que procedeu a apreensão destes equipamentos sem o amparo de necessária ordem judicial, o que torna evidente a ilegalidade das provas que fundaram a autuação fiscal;
- a apreensão de equipamentos, no caso, computadores, apenas será constitucionalmente viável se, e somente se, estiver baseada em anterior e específica autorização judicial;
- face à inexistência de ordem judicial, torna-se ilegítima e arbitrária a apreensão dos equipamentos pertencentes à empresa, pois viola direito garantido pela Carta Magna;
- os frágeis elementos extraídos dos computadores não são suficientes para acobertar autuação fiscal, já que foram colhidos por meio ilegal;
- desta forma, fica clara a impropriedade jurídica do AI, vez que é proveniente de ato ilícito praticado pelo Fisco;
- o Fisco identificou supostas saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas em registros contidos em arquivos magnéticos gerados por si e apreendidos em seu estabelecimento;
- a apuração foi embasada tão somente nos mencionados arquivos de computador, não se reportando o relatório fiscal a nenhum outro elemento;
- arquivos magnéticos, por si só, não possuem o poder de motivar uma ação fiscal do porte da que ora se discute, sob pena de lhe impor penalização ilegal;
- pelo exame do PTA, vê-se que os documentos supostamente extraídos dos arquivos magnéticos denominam-se “Demonstrativo de Gratificações Mensal” e “Controle Financeiro Mensal”, cabendo observar que não possuem sequer o seu nome,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não são assinados, tendo em vista serem arquivos de computador, o que evidencia a fragilidade do elemento;

- a falta de nomeação e assinatura claramente retira do documento a certeza de se tratarem de operações realizadas em seu estabelecimento, pois nada impede que arquivos referentes a transações de qualquer outra empresa estejam registrados nos seus arquivos digitais;

- o Fisco não se valeu de elementos coesos e concretos, utilizando meros indícios;

- a possibilidade de adulteração por terceiros seria atenuada se os aludidos dados se consistissem de documentos físicos, contudo, inexiste tal segurança quando se trata de arquivos de computador, sobretudo quanto às pessoas que circulam dentro de seu estabelecimento e por se tratar de máquinas ligadas em rede;

- os dois computadores apreendidos se encontravam em sala situada em outro andar, diferente daquele onde são realizadas suas atividades comerciais e isto se deve ao fato de que o local onde foram apreendidos estes equipamentos é reservado ao atendimento de outras pessoas ligadas à área da moda, estagiários, representantes comerciais, e até pessoas ligadas a outras empresas do grupo;

- conclui-se que quaisquer terceiros não vinculados a si poderiam figurar como autores das informações utilizadas pelo Fisco;

- a rotina comercial é feita dentro da loja, em outro local e na sua contabilidade externa;

- fica evidente a fragilidade das informações utilizadas para a autuação, diante da inexistência de quaisquer outros meios de comprovação da efetiva ocorrência dos supostos fatos geradores;

- o Fisco violou o princípio da legalidade, quando procedeu a autuação fiscal com base em equipamentos seus, apreendidos sem a presença da necessária ordem judicial;

- o Fisco apreendeu máquinas de computador e lavrou AI desprovido de elementos fiscais concretos, deturpando as atribuições legais a ele conferidas, violando o princípio da razoabilidade;

- o Fisco violou também o princípio da proporcionalidade, já que houve excessos na imposição de obrigações.

Requer seja a Impugnação julgada procedente, com o conseqüente cancelamento do AI.

Da Manifestação da Advocacia-Geral do Estado

A Advocacia-Geral do Estado, em manifestação às fls. 255/256, informa que a Autuada recorreu ao Judiciário, em Ação Ordinária, questionando a forma como se deu o trabalho do Fisco, sustentando que teria sido arbitrária e em desacordo com o ordenamento jurídico em vigor, solicitando a devolução do apreendido e a declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade do ato administrativo de apreensão de documentos e equipamentos. Tendo já ocorrido a devolução dos documentos e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

equipamentos, informa que, na referida ação, a Autuada sustenta que o “ato administrativo seria nulo, ante a inobservância do ordenamento jurídico em vigor relativamente à apreensão dos documentos e equipamentos, o que permitiria, ao seu ver, o cancelamento, de ofício, do crédito tributário”. Diante de tais considerações, remete o presente PTA ao CC/MG, para que aqui permanecesse, com julgamento suspenso, até o resultado da referida ação judicial.

O Núcleo de Atendimento, Triagem e Publicação do CC/MG, conforme expediente à fl. 258, retorna os autos à Advocacia-Geral do Estado, “tendo em vista a impossibilidade de mantê-lo neste CC/MG aguardando pautamento, por não encontrar-se devidamente instruído com a manifestação fiscal, destarte encontrar o mencionado processo em discussão na Justiça Comum”.

A Advocacia-Geral do Estado volta a se manifestar às fls. 260/261, para que fosse adotado o seguinte procedimento:

- “- devolução dos autos à Fiscalização, para que se manifeste sobre as questões de mérito contidas na Impugnação;
- após, remessa dos autos, pela Fiscalização, ao CC/MG, para o julgamento da Impugnação, apenas no tocante às questões de mérito, já que relativamente à preliminar de nulidade a matéria encontra-se sub judice;
- mantido que seja o crédito tributário, por decisão definitiva do CC/MG, remessa dos autos a esta Advocacia-Geral do Estado, para inscrição do crédito em Dívida Ativa e subsequente ajuizamento da execução, preferencialmente por dependência à Ação Ordinária.”

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 265/280, que foi adotada para a decisão, da qual passou a fazer parte integrante, salvo pequenas alterações, refuta detalhadamente as alegações da defesa, pedindo, ao final, seja o lançamento julgado procedente.

DECISÃO

Da Preliminar

Conforme relatado acima, não pôde ser apreciada pelo CC/MG a preliminar onde a Autuada argúi a nulidade do AI, entendendo estar este baseado em apreensão de documentos e equipamentos, a seu ver, de modo ilegal, por ter solicitado guarida à sua pretensão ao Poder Judiciário por meio de Ação Ordinária.

De acordo com o art. 105 do RPTA (Dec. nº 44747/08) “A ação judicial proposta contra a Fazenda Pública Estadual sobre matéria tributária, inclusive mandado de segurança contra ato de autoridade, prejudicará, necessariamente, a tramitação e o julgamento do respectivo PTA, importando em solução final do caso na instância administrativa, com referência à questão discutida em juízo.”

Do Mérito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Versa a presente autuação sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de dezembro de 2004 a fevereiro de 2006, em função de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais relativos a vendas, constatadas a partir da análise de registros contidos em arquivos magnéticos gerados pelo Sujeito Passivo e apreendidos junto ao mesmo, conforme Termo de Apreensão e Depósito - TAD nº 012724, de 22/02/2006, pelo que se exigiu ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inc II, da Lei nº 6.763/75.

Como já dito, os fundamentos expostos na Manifestação Fiscal de fls. 265/280 foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

A utilização, pelo Fisco, de informações contidas em arquivos eletrônicos dos contribuintes para fins de autuação fiscal é um procedimento legal e há muito utilizado, inexistindo qualquer impedimento legal, lhes sendo obrigatória a exibição destes, conforme se constata na legislação abaixo transcrita:

Lei nº 6.763/75

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

§ 1º - Na hipótese de recusa de exibição de elemento relacionado nos incisos do caput deste artigo, o agente do Fisco poderá lacrar móvel, equipamento ou depósito em que possivelmente esteja, lavrando Auto de Recusa e Lacração, sem prejuízo de outras medidas legais, solicitando de imediato à autoridade fiscal a que estiver subordinado as providências necessárias, nos termos de regulamento.

RICMS/02

Art. 193 - Os livros, meios eletrônicos e os documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição e entrega obrigatórias ao Fisco Estadual, não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da obrigação de entregá-los ou exibi-los, ou limitativa do direito de examiná-los, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº 13.515, de 7 de abril de 2000, observado o seguinte:

(...)

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

O Fisco prestou os seguintes esclarecimentos necessários para o entendimento do presente feito fiscal:

- a Autuada encontra-se inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no município de Belo Horizonte, no CNAE-F 4755-5/001 – comércio varejista de tecidos;

- seu campo de atuação abrange, além do município de seu domicílio, diversas regiões do Estado, onde a Impugnante mantém relações/representações com pessoas físicas, denominadas “**MODISTAS**”;

- naquelas regiões, suas atividades (vendas) são desenvolvidas pelas MODISTAS, então responsáveis pelas vendas das mercadorias da Autuada;

- conforme consta nos relatórios financeiros emitidos (fls. 113 a 130), a Autuada possui cerca de 140 “Modistas” cobrindo as diversas regiões do Estado, para promoverem as vendas de suas mercadorias;

- as “MODISTAS”, em contatos com os consumidores finais, denominados “CLIENTES”, efetuam as vendas, emitindo os respectivos “PEDIDOS”, em nome dos(as) respectivos(as) clientes, discriminando as mercadorias vendidas (fls. 133 a 141);

- tais pedidos são repassados ao estabelecimento da Autuada, via telefone ou outro meio, para o devido processamento/atendimento (ver fls. 09 a 107 – Controle de Compra – coluna “HISTÓRICO”), por cliente;

- no estabelecimento da Autuada, são processados os pedidos, elaborando-se o Relatório “Controle de Compra”, sob responsabilidade de cada “Modista”, discriminando ainda o nome do cliente consumidor (fls. 09 a 107), demonstrando, inclusive, o valor da gratificação paga à “Modista”, pelas vendas realizadas. Os valores de cada pedido são levados ao relatório “Controle de Compra”, ver exemplos:

Relatório "Controle de Compras"			Pedidos		
fls.	Cliente	Valor	Fls.	Cliente	Valor
44	Helena	5.785,97	133	Helena	5.785,97
44	Leninha	4.354,04	134	Leninha	4.354,04
37	Olinda	1.946,00	134	Olinda	1.946,00
35	Mariza	2.085,37	137	Mariza	2.085,37
30	Olinda	509,40	140	Olinda	509,40
43	Olinda	1.110,00	140	Olinda	1.110,00
41	Leninha	2.552,40	141	Leninha	2.552,40

- em contrapartida ao relatório de compra, emite-se o relatório “Controle Financeiro Mensal” (fls. 113 a 130), responsabilizando cada “Modista”, perante a Impugnante, pelo pagamento dos pedidos emitidos relativos às suas respectivas vendas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os valores totalizados mensalmente nestes relatórios são correspondentes. Ver exemplos:

Mês/ Ano	Relatórios			
	Controle de Compra		Controle Financeiro Mensal	
	fls.	Valor	fls.	Valor
Jul/05	052 a 060	119.707,44	113 a 115	119.707,44
ago/05	060 a 070	140.873,53	116 a 118	140.873,53
set/05	070 a 079	104.922,89	119 a 121	104.922,89
out/05	079 a 087	97.084,14	122 a 124	97.084,14
nov/05	087 a 094	86.743,64	125 a 127	86.743,64
Jan/06	099 a 103	53.907,58	128 a 130	53.907,58

- as mercadorias pedidas/vendidas são despachadas pela Autuada em contrapartida aos respectivos débitos sob responsabilidade da “Modista” responsável pela emissão do pedido de compra (fls. 113 a 130);

- dadas as peculiaridades das operações praticadas pela Autuada (fora de seu domicílio), torna-se necessário à mesma um controle efetivo, eficiente e seguro das operações das vendas praticadas, mercadorias despachadas, em especial das operações praticadas pelas “MODISTAS”, objetivando o recebimento dos respectivos valores. Tais controles são efetuados pelos relatórios “CONTROLE DE COMPRA” e “CONTROLE FINANCEIRO MENSAL”, referenciados anteriormente, dentre outros;

- o relatório “CONTROLE DE COMPRAS” (fls. 09 a 107) demonstra, dentre outras informações, os valores das compras, os valores pagos e ainda os valores das gratificações devidas às “Modistas”, informações também demonstradas no relatório “Controle Financeiro Mensal”;

- o relatório “Controle Financeiro Mensal” também demonstra as compras efetuadas por cada “MODISTA” no mês e os respectivos pagamentos efetuados à Autuada e as gratificações devidas;

- dentre outros relatórios, a Impugnante emite também o relatório “Demonstrativo Gratificação Mensal” (fls. 109 a 112), demonstrando o cálculo da gratificação devida e o controle dos respectivos pagamentos;

- os relatórios “CONTROLE DE COMPRAS” (fls. 09 a 107), “DEMONSTRATIVO GRATIFICAÇÃO MENSAL” (fls.109 a 112) e “CONTROLE FINANCEIRO MENSAL” (fls.113 a 130) demonstram o cálculo e o valor pago e a pagar das gratificações devidas a cada “MODISTA” pela AUTUADA, em razão das vendas realizadas;

- os pagamentos das gratificações vêm confirmar a realização das vendas e, tendo ocorrido vendas, está devidamente caracterizada a ocorrência do “FATO GERADOR” do imposto;

- conforme demonstrado no Anexo II à fl.108, as vendas registradas pela Autuada nos livros fiscais próprios foram, em todo o período, inferiores àquelas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apuradas pelo Fisco e que foram praticadas pelas “Modistas”, portando, fora de seu domicílio.

No presente caso, as informações utilizadas pelo Fisco demonstram de forma clara a prática das operações de vendas de mercadorias pela Autuada, o montante destas vendas e que as mesmas não foram devidamente acobertadas por documentos fiscais hábeis e que não houve o pagamento do imposto devido. Acresça-se que os documentos às fls.133 a 141 do PTA (pedidos) vêm convalidar as informações contidas nos arquivos eletrônicos utilizados.

A apreensão procedida pelo Fisco ocorreu no estabelecimento da Impugnante (TAD – fl. 03), não sendo necessária autorização judicial.

O estabelecimento de um contribuinte, normalmente, como é o caso da Autuada, não se resume a uma única sala. É de salientar que empresas ocupam grandes áreas, instalações divididas em dezenas de salas, galpões, etc.

Conforme encontra devidamente demonstrado no processo, as informações utilizadas para elaboração do presente feito não deixam nenhuma dúvida quanto à ocorrência dos fatos geradores, a quantificação das operações e a identificação do sujeito passivo.

Entretanto, a discussão no que diz respeito à apreensão dos documentos resta prejudicada no âmbito administrativo tendo em vista a ação judicial ajuizada pela Impugnante (Ação Ordinária nº. 0024.06.021079-6), referenciada à fl. 255 deste PTA.

Os dados contidos nos quadros demonstrativos juntados ao PTA, Anexo I (fls. 09 a 107), Anexo II (fl. 108) e no relatório “Controle Financeiro Mensal” (fls. 113 a 130), são cópias fiéis das planilhas e de dados contidos nos arquivos eletrônicos da Autuada e mantidos nos equipamentos/computadores de sua propriedade que foram apreendidos em seu estabelecimento.

Conforme citado no Relatório do Auto de Infração (fl. 04), foi feita a criptografia dos arquivos apreendidos, com identificação, contendo os dados analisados pelo Fisco. Encontra-se no processo, um envelope (fl. 132), contendo cópia do “CD” com todas aquelas informações.

Os demonstrativos e documentos juntados ao processo comprovam a ocorrência de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais e, portanto, não se trata de supostas saídas como argüido pela Autuada. O demonstrativo Anexo II (fl. 108) evidencia tal fato, mês a mês, ao confrontar os valores de vendas constantes dos arquivos apreendidos com os valores registrados nos livros fiscais.

Foram juntados ao processo cópias de diversos pedidos emitidos pelas “Modistas”, relativos às mercadorias por elas vendidas às “Clientes”. Aqueles pedidos/compras encontram-se devidamente lançados nos relatórios “Controle de Compra” e conseqüentemente no “Relatório Financeiro Mensal”, e vêm, portanto,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

confirmar a origem, exatidão, motivo e destinação das informações contidas nos citados relatórios.

Os dados extraídos dos arquivos magnéticos e que evidenciam/quantificam o valor das saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais são aqueles constantes do relatório “CONTROLE DE COMPRAS” (fls. 09 a 107), conforme já mencionado. Os relatórios, “Demonstrativo de Gratificação Mensal”, (fls.109 a 112) e o “Controle Financeiro Mensal” (fls.113 a 130) comprovam a consistência daquele relatório e dos dados nele contidos.

O fato de inexistir nome da Impugnante e de não serem assinados não impede o desenvolvimento da ação fiscal e nem invalida o feito fiscal. Constata-se, contudo, em uma simples verificação no CD acostado aos autos, que há vários documentos com o seu nome fantasia, “Sandra Halabi”, nome de uma das sócias da Impugnante. Os arquivos inseridos nos computadores apreendidos são referentes às atividades da Autuada, seus negócios, ou seja, sobre sua área de atuação, sua forma de atuação, contendo a relação/nome de seus representantes (Modistas), volume de vendas, comissão paga, valores recebidos, valores a receber, etc.

O feito fiscal está fundamentado em fatos concretos, em dados/informações reais, com o fato gerador devidamente comprovado, a base de cálculo devidamente quantificada, não se tratando, portanto, de meros indícios desprovidos de certeza e exatidão, sendo frágeis as informações, conforme alegado pela Impugnante.

O montante das exigências está devidamente demonstrado nos documentos que fazem parte do PTA.

A Autuada, em sua Impugnação, não apresentou nenhum fato que acarretasse alteração no feito fiscal, sendo os argumentos e alegações por ela apresentados improcedentes e insuficientes para promover quaisquer alterações no lançamento.

Corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS e multa de revalidação. Caracterizada a infração, correta, também, a aplicação da Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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 desacoberta de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

Quanto à alegação de suposta violação de princípios constitucionais, esclareça-se que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, conforme preconiza o art. 182, da Lei nº 6.763/75, e o art. 110, inc. I, do RPTA (Dec. nº 44.747/08).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. A preliminar de nulidade não foi apreciada, em face de ação judicial questionando o modo de apreensão dos documentos. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Daniel Moreira do Patrocínio e não houve sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. 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