

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.454/09/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000158821-85
Impugnação: 40.010123531-75
Impugnante: Comercial Triunfo Ltda
IE: 629549251.00-88
Proc. S. Passivo: Sérgio Luiz Lima Sefair/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatadas saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas mediante o confronto entre as saídas declaradas ao Fisco e as constantes de informações eletrônicas não declaradas, copiadas de equipamento encontrado no estabelecimento comercial da Autuada. Irregularidade apurada mediante procedimento tecnicamente idôneo, previsto no art. 194, inciso I do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Acionado o permissivo legal, art. 53 § 3º da Lei 6763/75 para reduzir a Multa Isolada relacionada às saídas desacobertas referentes às mercadorias sujeitas à substituição tributária, a 5% (cinco por cento) do seu valor. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de janeiro de 2005 a agosto de 2006, apuradas mediante o confronto entre as saídas declaradas ao Fisco e as constantes de informações eletrônicas não declaradas, copiadas de equipamento encontrado no estabelecimento comercial da Autuada.

Exigências de ICMS, multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto e Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 96/107, juntando documentos às fls. 122/1.144.

O Fisco, por sua vez, promove a juntada de cópias de documentos fiscais às fls. 1.149/1.162.

Regularmente intimada da juntada de documentos, a Autuada não se manifesta.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco promove a reformulação do lançamento, conforme quadros e planilhas de fls. 1.168/1.173.

Regularmente intimada da reformulação, novamente a Autuada não se manifesta.

O Fisco refuta os argumentos de defesa em “Manifestação Fiscal” de fls. 1.180/1.193.

A Assessoria do CC/MG propõe diligência ao Fisco, conforme despacho de fls. 1.196/1.197.

Diante dos questionamentos levantados pela Assessoria, o Fisco promove nova reformulação do lançamento, conforme documentos, quadros e planilhas de fls. 1.199/1.237.

Regularmente intimada da reformulação, a Autuada se manifesta às fls. 1.245/1.253, recolhendo parte do crédito tributário, conforme documento de fls. 1.254..

O Fisco se manifesta às fls. 1.256/1.264.

A Assessoria informa que, diante das alterações promovidas no lançamento e, considerando-se as previsões contidas na legislação processual (art. 150 do RPTA), o processo converteu-se em rito sumário.

DECISÃO

Preliminares

Da ausência de poderes específicos para cópia de arquivos do empregado da Impugnante

A Impugnante alega que os Auditores Fiscais responsáveis pela cópia do banco de dados contendo a movimentação comercial paralela não possuíam poderes legais para tal, haja vista que este tipo de procedimento não se encontrava previsto na ordem de serviço emitida e acrescenta que esta “flagrante arbitrariedade” torna nulo de pleno direito, o presente Auto de Infração por afrontar garantias constitucionais.

Inicialmente vale salientar que a ação fiscal realizada no estabelecimento do Contribuinte se desenvolveu da maneira legal, nos moldes previstos na legislação pertinente.

Todos os procedimentos adotados pelos Auditores Fiscais foram totalmente idôneos e previstos no RICMS (Regulamento do ICMS, Decreto nº 43.080/02), em especial o art. 193, com respaldo da Lei Estadual nº 6.763/75 e no CTN (Código Tributário Nacional).

RICMS

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 exhibi-los, ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

Cumpra ressaltar que informações eletrônicas que constituam provas de infração à legislação tributária podem ser imediatamente apreendidas.

Lei nº 6.763/75

Art. 42 -

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

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.

Quanto à formalização do crédito tributário, verifica-se que foram obedecidos todos os requisitos exigidos pelo art. 89 do RPTA (Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos).

Por fim, o Fisco observa com maestria os pressupostos necessários para atuação do agente público revestido de suas prerrogativas legais.

“Importante frisar que a ordem jurídica confere aos agentes públicos certas prerrogativas para que estes, em nome do Estado, persigam a consecução dos fins públicos. Essas prerrogativas são outorgadas por lei, exigem a observância dos princípios administrativos e destinam-se a atingir o fim maior da Administração Pública: a satisfação do interesse público. Essas prerrogativas consubstanciam os chamados Poderes do Administrador Público.

Por outro lado, a lei impõe ao administrador público alguns deveres específicos e peculiares para que, ao agir em nome do Estado e em benefício do interesse público, execute bem a sua missão. São os chamados Deveres Administrativos.

Os poderes e deveres do administrador público são atribuídos à autoridade para que ela possa remover, por ato próprio, as resistências particulares à satisfação do interesse público. Essa é a idéia: conceder à administração pública certas prerrogativas para a melhor satisfação dos interesses públicos.

Neste diapasão, o agente público, naturalmente, independentemente da natureza de suas atribuições, sempre as exerce visando, ao final, o atendimento do interesse público.

Desta feita, por não estar zelando por seus bens particulares, mas sim, por bens ou interesses públicos, é inconcebível a omissão, diante de uma situação em que haja necessidade de agir, tendo ele poderes para tanto.

Tal omissão, aliás, poderá ensejar sanções de ordem administrativa e penal, tais como aquelas previstas nos arts. 316 (concussão) e 319 (prevaricação), ambos do Código Penal”.

Do exposto, verifica-se que deve ser afastada a arguição da Autuada, tendo em vista que o Fisco se encontrava revestido de seus poderes legais para realização do procedimento de fiscalização.

Da ausência de provas nos autos

A Impugnante alega inconsistência dos dados constantes do lançamento levado a efeito pelo Fisco, propugnando, desta forma, pela sua nulidade.

Contudo, tal equívoco cometido pelo Fisco não tem o condão de tornar nulo o lançamento, mas apenas acarreta sua correção, como realizado pelo próprio Fisco na primeira reformulação às fls. 1.168/1.173.

Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de janeiro de 2005 a agosto de 2006, apuradas mediante o confronto entre as saídas declaradas ao Fisco e as constantes de informações eletrônicas não declaradas, copiadas de equipamento encontrado no estabelecimento comercial da Autuada.

O Fisco, na data de 11/08/06, promoveu visita fiscal no estabelecimento da ora Impugnante para verificar o uso do aplicativo SIC.Exe em local de atendimento ao público, bem como o nº. do lacre do ECF-IF, nº. de série BE030665C95510311604.

Constatou-se, pois, divergência entre o número de lacre constante do Atestado de Intervenção nº. 011144, emitido pela Interventora General Automação Ltda (nº 014750) e o constante do equipamento (nº 004450).

Ato contínuo foi lavrado o “Termo de Copiagem e Autenticação de Arquivos Eletrônicos” (fls. 93).

Procedendo à verificação dos arquivos eletrônicos encontrados no banco de dados do computador da Empresa foram observadas as tabelas denominadas “nfsaida”, “movcaixa”, “tiponf”, “bancos” e “duplic”, onde são evidenciados o movimento de vendas a consumidores cadastrados na Empresa, no período de 01/01/05 a 31/08/06.

A partir desta tabela e utilizando o programa “Microsoft Office Access”, foi elaborado o Relatório 01: “Documentos de Vendas Emitidos pelo Contribuinte” (fls. 09/31).

Confrontando os valores mensais de venda (expurgados os documentos intitulados “orçamento”) com os valores de saídas declarados em DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS, fls. 53/82), no mesmo período, constatou-se saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para efeito de apuração do montante da base de cálculo das saídas consideradas desacobertadas de documentação fiscal utilizou-se a proporcionalidade de alíquotas nas entradas de mercadorias, observadas nas notas fiscais de entrada.

Observa-se que foram consideradas no levantamento as operações sujeitas ao regime de substituição tributária, além dos limites legais para aplicação de multa isolada, nos termos do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Autuação efetuada observando-se o art. 33 da Lei Estadual nº 15.219/04

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme art. 142 do CTN.

Nesse sentido, nada mais fez o Fisco do que, constatando-se o ilícito, promover o lançamento pertinente.

Nos termos do art. 50 da Lei nº 6.763/75 são de exibição obrigatória ao Fisco os livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal, ou que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

Consoante o § 1º, do art. 42, desta mesma lei, mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam prova de infração à legislação tributária, os citados documentos e objetos.

Conclui-se, portanto, que o Fisco agiu estritamente dentro da lei.

O *caput* do artigo art. 194 do RICMS consta que “*para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos inidôneos, tais como:*” (destacado).

Vê-se, portanto, não se tratar de um rol estanque de procedimentos fiscais, mas uma listagem exemplificativa onde o fundamento é a técnica idônea, cuja característica contrária não se define, sequer alhures, na ação do Fisco.

Destarte, cabe aqui ressaltar as disposições do § 4º deste mesmo art. 194, meio às quais, “*constatada por indícios na escrituração do contribuinte, ou por qualquer outro elemento de prova, a saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal, o valor da operação será arbitrado pela autoridade fiscal para fins de exigência do imposto e multas, se devidos, tomando como critério, conforme o caso, o preço unitário das saídas, das entradas mais recentes verificadas no período, sem prejuízo do disposto nos arts. 53 e 54 deste Regulamento.*” (grifado).

Na realidade, nem houve necessidade de arbitramento fiscal, posto considerar-se os valores próprios do Contribuinte como bem detalhado nas informações eletrônicas copiadas, pelas quais se tem a constatação de que o Contribuinte, no período verificado, ateu-se a declarar ao Fisco tão somente parte do movimento efetivamente realizado.

Diante do exposto, verifica-se que o Fisco obedeceu aos pressupostos e requisitos previstos para o ato administrativo do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O trabalho fiscal é bastante simples. De posse das informações das vendas efetivamente realizadas pelo estabelecimento (fls. 09/31), o Fisco fez o confronto dessas saídas com as saídas informadas nas DAPIs do período verificado.

Dessa forma, para as vendas que não foram emitidos os documentos fiscais respectivos o Fisco promoveu o lançamento em questão.

A Defesa, em termos de mérito, refuta, em linhas gerais, quatro aspectos específicos.

Primeiro, alega erro do Fisco no lançamento dos valores de saídas nos exercícios de 2005 e 2006 para efeito de confrontação com os valores apurados nos arquivos eletrônicos copiados.

Como já relatado, tal equívoco foi motivo da primeira reformulação do lançamento às fls. 1.168/1.173.

Em um segundo aspecto, sustenta o Contribuinte que os percentuais de operações sujeitas ao regime de substituição tributária seriam bem superiores aos aplicados pelo Fisco no levantamento em questão.

Esse foi o aspecto motivador da segunda reformulação do lançamento (fls. 1.199/1.237).

Nesse sentido, revendo a escrituração da Autuada, constatou o Fisco que mais de 97% (noventa e sete por cento) de suas operações submetiam-se à tributação pelo regime de substituição tributária, não acarretando mais as exigências de ICMS e multa de revalidação nas operações de saída, imputando-se, apenas, nessas situações a exigência da Multa Isolada por saídas desacobertas prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6763/75.

O terceiro aspecto levantado pela Defesa relaciona-se ao princípio da não cumulatividade do ICMS.

Entende que deveriam lhe ser concedidos os créditos referentes às entradas de mercadorias regularmente acobertadas por documentos fiscais idôneos.

Percebe-se que a ora Impugnante incorre em um equívoco de interpretação da legislação pertinente à sua condição de contribuinte do programa “Simples Minas”, consubstanciado pela Lei nº 15.219/04, à época dos fatos geradores, objeto do lançamento.

Na sistemática do “Simples Minas”, as notas fiscais regularmente escrituradas pela Impugnante já foram contempladas pelo citado princípio quando ela promoveu a chamada “recomposição de alíquotas”, prevista no Anexo X do RICMS, vigente à época da ocorrência das operações em questão:

ANEXO X – RICMS/02 – SIMPLES MINAS

Redação dada pelo art. 2º, II, e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 43.924, de 03/12/2004

CAPÍTULO III

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DAS DISPOSIÇÕES ESPECÍFICAS À MICROEMPRESA E À EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Seção I

Da Apuração do Imposto

Art. 9º- A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam sujeitas ao pagamento mensal do ICMS resultante da soma dos valores obtidos na forma prevista nos arts. 10 e 11, observadas as deduções previstas nos arts. 28 e 29, todos desta Parte, bem como os estornos de crédito ou de débito, se for o caso.

Art. 10- Sobre o valor das entradas no período será aplicada a alíquota interna constante do inciso I do caput do art. 42 deste Regulamento, prevista para a mercadoria ou bem recebido ou adquirido ou para o serviço utilizado.

(...)

Efeitos de 1º/01/2005 a 30/06/2007 - Redação dada pelo art. 2º, II, e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 43.924, de 03/12/2004:

"§ 2º- Do valor apurado na forma do caput deste artigo **será abatido o valor do imposto corretamente destacado na nota fiscal relativa à entrada de mercadoria ou bem e à respectiva utilização de serviço no período. (Grifado)**

Cumprе ressaltar que após a segunda reformulação do crédito tributário, que alterou substancialmente o lançamento, demonstrando que na realidade mais de 97% (noventa e sete por cento) das operações sujeitavam-se à sistemática de antecipação de imposto por substituição tributária, a Impugnante reconheceu formalmente o lançamento quando promoveu o recolhimento do ICMS referente às operações não sujeitas à substituição tributária, conforme DAE de fls. 1.254.

Outro aspecto levantado pela Impugnante refere-se à suposta duplicidade de tributação.

Sustenta que no tocante a receita oriunda de saídas de mercadorias desacobertas, houve *bis in idem* quanto à recomposição do caixa, haja vista que as vendas sob o código "3" foram somadas às saídas com emissão de cupom fiscal – código "CF".

Informa que para cada cupom fiscal existe um pedido e ao somar um ao outro a mesma saída acaba por ser duplamente contabilizada e completa que sua receita deverá ser composta apenas pelo somatório dos pedidos, sem se adicionar o valor dos cupons fiscais.

O Fisco esclarece que a Autuada além de reconhecer o lançamento com o recolhimento do ICMS não demonstra em sua peça de defesa elementos que comprovem que para cada cupom fiscal há um pedido que o precede.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante ao relatório gerencial copiado às fls. 09/31, observa-se que a Autuada identifica com precisão o tipo de documento emitido para cada venda realizada, seja esta por Nota Fiscal (1), Cupom Fiscal (CF) ou Pedido (3).

Às fls. 42/51, no “Relatório 10 – Pedidos Emitidos com respectivos recebimentos no caixa”, consta o recebimento no “caixa” da Empresa dos valores correspondentes a vendas realizadas através de pedidos, inclusive com data da emissão, histórico e código de clientes, indicando indubitavelmente a desvinculação entre os pedidos relacionados e os documentos fiscais emitidos.

Assim sendo, não merece procedência tal arguição de exigência em duplicidade.

Deste modo, a Impugnante não produziu provas definitivas e suficientes para convencer plenamente o aplicador da lei a efetuar qualquer tipo de reparo na peça acusatória, além dos já realizados.

Cumprе ressaltar, como já informado acima, que, considerando-se a condição da Autuada, à época dos fatos geradores objeto do lançamento, de participante do programa “Simples Minas”, nos termos do art. 34, inciso VIII, alínea “a”, do Anexo X, do RICMS/02, então vigente, a modalidade de pagamento do imposto prevista no Anexo não se aplicava à operação realizada desacombertada de documento fiscal, inclusive quando apurada com base em controle extrafiscal.

Nesse sentido, corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto e Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) sobre o valor das operações, capitulada no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, constantes do Auto de Infração em comento.

É de bom alvitre salientar que não cabe a redução aventada pela Impugnante da Multa Isolada prevista no inciso II, do art. 55, da Lei nº 6763/75, ao percentual de 20% (vinte por cento) tendo em vista a própria previsão da alínea “a” do dispositivo: *“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”*. (grifado)

No caso deste levantamento, verifica-se que as infrações constatadas não o foram com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal, considerando-se que o trabalho fiscal baseou-se em informações não declaradas pelo Contribuinte.

Nesse sentido, constata-se não cabível a redução citada, estando correto o percentual exigido.

Por fim, analisa-se o pedido da Impugnante para que seja acionado o permissivo legal, art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, para reduzir ou cancelar a multa isolada.

Considerando-se que do crédito tributário consta o valor de aproximadamente R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) que se refere a multa isolada por saídas desacombertadas (art. 55, II da Lei nº 6.763/75) relacionada a operações cujas entradas estariam submetidas à sistemática de tributação por substituição tributária, ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

seja, pressupondo-se que já entraram no estabelecimento da Autuada com o recolhimento de todo o imposto pertinente à cadeia, percebe-se que sobre esse montante de multa é passível a aplicação do chamado permissivo legal para reduzir ou cancelar a penalidade.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1168/1173 e 1199/1237, observando-se o recolhimento parcial às fls. 1254. Em seguida, também à unanimidade, em acionar o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei nº 6763/75, para reduzir a multa isolada relacionada a saídas desacobertas referentes a mercadorias sujeitas a substituição tributária a 5% (cinco por cento) do seu valor. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Raimundo Francisco da Silva e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 01 de setembro de 2009.

André Barros de Moura
Presidente / Revisor

Edwaldo Pereira de Salles
Relator