

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.835/13/3ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000173653-66  
Impugnação: 40.010132610-88  
Impugnante: Protec - Proteções Técnicas Indústria e Comércio Ltda  
IE: 062984094.00-81  
Origem: DFT/Belo Horizonte

**EMENTA**

**MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL.** Imputação fiscal de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal detectada a partir do confronto entre os dados de operações realizadas pela Impugnante, obtidos por meio da análise de documentos extrafiscais apreendidos em seu estabelecimento, e as vendas declaradas ao Fisco. Procedimento tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Razões de defesa insuficientes para desconstituir a imputação fiscal. Mantidas as exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e § 2º, e 55, inciso II.

**BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - ARBITRAMENTO.** Imputação fiscal de emissão de notas fiscais consignando valores diversos dos realmente praticados nas respectivas operações. Para sustentar tal imputação fiscal foram apresentados pelo Fisco documentos apreendidos no estabelecimento da própria Impugnante demonstrando, efetivamente, que as operações descritas nas notas fiscais realizaram-se por valores diferentes daqueles nelas consignados. Corretas as exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, e 55, inciso VII.

**SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA.** Restando comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, bem como já havia sido autuada por igual procedimento e, sendo esta conduta caracterizada como motivo de exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94/11, correto o Termo de Exclusão do Simples Nacional lavrado pela Fiscalização.

**Lançamento procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

**Da Autuação**

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal, no período de agosto de 2007 a setembro de 2009;

2) saídas de mercadorias consignando, nos documentos fiscais relacionados no Anexo 2 (fls. 74/131), valores divergentes do efetivo valor da operação, no período de novembro de 2009 a março de 2011;

3) saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal, no período de dezembro de 2009 a março de 2011, conforme demonstrado no Anexo 3 (fls. 132/219);

4) desenquadramento, de ofício, do Regime Unificado de Tributação do Simples Nacional a partir de 1º de agosto de 2007, tendo em vista as ocorrências dos PTAs nºs 01.000173.653-66 e 01.000174.516-45 com irregularidades dispostas no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º e art. 32, ambos da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 5º, incisos V e XIII da Resolução CGSN nº 15/07, em vigor à época das irregularidades, e art. 76, inciso IV, alíneas "d" e "j", §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94/11.

Exigências de ICMS (normal e substituição tributária) e das Multas de Revalidação e Isolada, capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, § 2º, incisos I e III, e 55, incisos II e VII.

### **Da Impugnação**

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal, Impugnação às fls. 281/301, em síntese, aos seguintes argumentos:

- é nulo o Auto de Infração combatido, porquanto lavrado em total desalinho com a legislação do Estado de Minas Gerais;

- cita os arts. 69 e 70 do Decreto nº 44.747/08, sustentando que a fiscalização e, conseqüentemente, a lavratura de Autos de Infração, constituem procedimentos formais, para fazer valer os princípios constitucionais da segurança jurídica, da legalidade e do devido processo legal, insertos no art. 5º da Carta Cidadã de 1988;

- para se iniciar uma ação fiscal, deve o ente fiscalizador lavrar o Auto de Início de Ação Fiscal e não obstante à clareza da legislação mineira, no caso, não se observou o devido processo legal;

- conforme destacado no próprio relatório do Auto de Infração, as infrações supostamente cometidas foram aferidas com base em documentos copiados;

- o Auto de Copiagem resultou de operação desastrosa e forçada da Fiscalização estadual que, em 07 de abril de 2011, entrou em seu estabelecimento, munida de armas e de um poder de coação inaceitável dentro do Estado Democrático de Direito, e obrigou seus gestores a entregar todos os computadores e documentos;

- tal ação foi deflagrada sem qualquer autorização legal, mandado judicial, Termo de Início de Ação Fiscal, Termo de Apreensão;

- a conclusão desta operação foi a cópia de documentos e computadores, gerando ensejo ao já mencionado Termo de Copiagem;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- para que tal procedimento tenha validade, deve ser amparado em formalização prévia, sob pena de volta à barbárie e vulneração dos mais “comezinhos” princípios constitucionais de garantia do cidadão/contribuinte;
- para corroborar a ilegalidade do procedimento adotado pela Fiscalização, percebe-se que o Auto de Início de Ação Fiscal, que supostamente legitima a presente autuação, somente foi confeccionado mais de um semestre depois da referida operação, precisamente em 08 de novembro de 2011;
- a presente autuação fiscal está embasada em procedimento ilegal e arbitrário;
- a previsão de formalidades para o início de uma ação fiscal contra o contribuinte está encetada na legislação mineira justamente para coibir abusos;
- para invadir o estabelecimento do contribuinte, a Fiscalização deveria ter uma autorização judicial, o que, por evidente, também não existiu;
- uma autuação embasada em documentos obtidos de modo irregular, sem qualquer justificativa legal, desprovido de Auto de Início de Ação Fiscal ou Auto de Apreensão, não pode ser levada adiante sob pena de violação ao Decreto nº 44.747/08, bem como aos princípios constitucionais previstos no art. 5º da Carta Magna.
- demonstrada a ilegalidade do procedimento levado a efeito pelos Agentes Autuantes, afigura-se insubsistente o Auto de Infração, devendo ser anulado;
- no mérito, sustenta que o Agente Autuante não teve o cuidado de entender as operações realizadas, não realizou o confronto das informações colhidas com os documentos fiscais emitidos, não se preocupou em validar eventuais ingressos financeiros, limitando-se a achar que os registros constantes de seus controles internos eram operações e, assim, sujeitas ao recolhimento do ICMS, presumindo a inexistência de notas fiscais e/ou a divergência de valores entre o sistema e as notas emitidas;
- o grande equívoco da Fiscalização reside no fato de que seu trabalho foi embasado nas Ordens de Serviços, planilhas, relatórios gerenciais e documentos internos, os quais, muitas vezes, não correspondiam ou ensejavam operações fiscais;
- cita, como exemplo, operações com as empresas Seg Intel e Ethos que trabalham como seus representantes comerciais;
- como indústria que é, realiza diversas operações que não possuem natureza de venda, quais sejam, remessa para demonstração, retorno de concerto, simples remessa para reparo, mas que foram presumidas como operações de venda;
- é evidente que tais operações não são ensejadoras do recolhimento do ICMS e, eventualmente, a não emissão de nota de simples remessa, remessa para demonstração/reparo, etc., poderia ensejar multa por descumprimento de obrigação acessória, mas, jamais, fazer nascer a obrigação de pagamento do imposto estadual;
- a tipicidade tributária significa a exata adequação do fato à norma, e, por isso, o surgimento da obrigação se condicionará ao evento da subsunção;
- a concretização da segurança jurídica em termos de tributação está afeta, em última análise, à atuação dos fiscais públicos;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- somente se determinado fato jurídico enquadrar-se exatamente na regra legal de tributação é que será possível realizar, nos moldes do art. 142 do Código Tributário Nacional, o seu lançamento, caso contrário, não havendo escorreita subsunção do fato à norma, impedido estará o fiscal de autuar, não lhe sendo lícito, em nenhuma hipótese, elastecer ou alargar a regra legal;

- assim, a lavratura do Auto de Infração profligada só seria legal e conseqüentemente válida se o fato jurídico realizado se enquadrasse nas respectivas normas tributárias de regência, o que, entretentes, não sucede;

- os fatos levantados pela Fiscalização não são geradores de ICMS, porquanto não configuram operações de circulação de mercadorias;

- na medida em que não há fato típico tributável, carece de respaldo legal a autuação, a qual, renove-se, foi erigida com base em documentos internos e levada à efeito com suporte em presunções e ficções;

- diante de todo o arcabouço fático narrado alhures, sobretudo da truculência da Fiscalização, bem como da autuação por presunção e ficção, extrai-se nítido que o estabelecimento de multa isolada afigura-se totalmente desproporcional, não havendo como prosperar;

- cita doutrina e jurisprudência para afirmar que a fixação da penalidade no estratosférico patamar almejado, sobretudo em total inobservância da gravidade da falta cometida e da justa sanção a ser imposta, constitui violação direta e expressa à máxima da legalidade do ato administrativo (art. 37 da Carta Regente), saltando aos olhos, então, o desvio da finalidade da multa e o abuso de poder;

- no caso vertente, a fixação da penalidade se revestiu de rara irrazoabilidade e desproporcionalidade, donde se verificou o desvio de sua finalidade, que inicialmente era pedagógica, mas posteriormente se tornou arrecadatória, visto que é insana a exigência do montante descrito no Auto de Infração em tela;

- estando o lançamento tributário à míngua de contornos materiais razoáveis, espera que seja cancelada a penalidade isolada;

- todavia, acaso assim não se entenda, este Egrégio Conselho de Contribuintes, analisando casos de ocorrência de infração à legislação tributária sem que tenha havido fraude ou má-fé, tem determinado a redução dos valores da multa;

- como corolário das ilegalidades e inconstitucionalidades, resai manifesta a irregularidade de sua exclusão do Simples, não havendo como ser levado a efeito o referido ato excludente;

- assim, refuta, formal e veementemente, a sua exclusão, pugnando, também, pela anulação do referido ato, mantendo-a no referido sistema.

Ao final, requer a anulação do Auto de Infração, e, alternativamente, a improcedência do lançamento ou, o cancelamento ou redução da multa isolada, nesta última hipótese para 5% (cinco por cento) de seu valor original. Por fim, roga a anulação de sua exclusão do Simples.

**Da Manifestação Fiscal**

O Fisco manifesta-se às fls. 320/335, contrariamente ao alegado pela Defesa, em resumo, aos fundamentos que se seguem:

- o ordenamento jurídico tributário impõe ao contribuinte a exibição imediata ao Fisco de todo e qualquer documento, livro, papel, equipamento, programa e arquivo eletrônico ou qualquer objeto vinculado à atividade comercial, existente no estabelecimento, nos termos do art. 195 do Código Tributário Nacional e, na mesma esteira, trilha o art. 50 da Lei nº 6.763/75;

- depende de autorização judicial apenas a apreensão de material que não esteja na dependência do estabelecimento ou quando este for utilizado como moradia, conforme dispõem o art. 44 da Lei nº 6.763/75;

- portanto, a ação fiscal se deu com estrita observância dos preceitos formais no ordenamento jurídico tributário vigente;

- narra os acontecimentos para refutar a alegação da Impugnante de que os arquivos eletrônicos teriam sido capturados antes de lavratura de Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF, e que se fizera mediante coação, com utilização de força policial;

- cita os arts. 47 da CLTA/MG, 190 e 193 do RICMS/02;

- a intimação por escrito é prevista para a hipótese de recusa de cumprimento de requisição verbal e, no caso, diversamente da alegação não provada de que houve coação, o Fisco fez a copiagem dos arquivos eletrônicos, inclusive com autorização do Sujeito Passivo;

- obviamente os arquivos originais ficaram em poder do Contribuinte, não foram deletados. Mantendo consigo os arquivos originais, não tem cabimento arguição de cerceamento do direito de defesa;

- poderia o Sujeito Passivo, se quisesse alegar a ausência do AIAF em seu favor, ter-se valido do tempo anterior ao recebimento do AIAF nº 10.110001953.49, para oferecer denúncia espontânea, mas não o fez;

- a lavratura do AIAF, sete meses após, teria apenas beneficiado a Impugnante, o mesmo acontecendo com a omissão de consignação, no RUDFTO, da data do início da ação fiscal;

- no momento da ação de copiagem para cruzamento, conferência e análise dos dados, o Fisco recebeu parte da documentação fiscal entregue pela Impugnante;

- nenhuma alegação preliminar merece acolhida, nenhum preceito legal ou constitucional foi violado, sendo totalmente improcedentes os argumentos utilizados pela Impugnante para arguir a nulidade do presente Auto de Infração;

- a Impugnante restringiu-se a negar, de maneira simplória, todo o procedimento fiscal. Porém, não tem como contestar a veracidade de cada item demonstrado, de forma inequívoca, tais como o destino, a mercadoria, o valor, forma de pagamento, período, uma vez que não trouxe nenhum documento fiscal contrariando as alegações fiscais;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- são protelatórias as alegações da Impugnante de que houve grande equívoco da Fiscalização, que apura embasada em planilhas, OS, relatórios gerenciais e documentos internos, que, muitas vezes, não correspondiam ou ensejavam operações fiscais, citando, como exemplo, as lançadas para a empresa Seg Intel e Ethos;

- a Impugnante traz apenas argumentos de efeitos protelatórios, visto que nenhum documento fiscal foi anexado. A argumentação de que as operações referem-se à remessa, ou demonstração, para ser válida, deveria estar comprovada por documentos fiscais, pois há regras determinadas em lei, com obrigações acessórias e principal como consequências inerentes a seu descumprimento;

- não existe presunção, ficções. Os dados são documentos da Impugnante, de uma fiscalização legítima, estritamente dentro da legalidade, e a Defesa nada trouxe de novo, quando deveria apresentar as notas fiscais corretamente emitidas, que impediriam o andamento do feito fiscal;

- o Fisco não desconstituiu nenhum ato ou situação jurídica que atingiu a finalidade realizada pela Impugnante e, muito menos deixou de atender aos princípios citados pela Defesa;

- as provas constantes dos autos evidenciam, de forma incontestável, que a Autuada promoveu a circulação de mercadorias sem documentos fiscais e com documentos fiscais emitidos de forma irregular, em flagrante desrespeito às obrigações tributárias inerentes aos atos por ela praticados, acarretando sérios prejuízos ao Erário;

- as multas aplicadas encontram-se devidamente estatuídas na Lei nº 6.763/75, e foram aplicadas sobre o montante do ilícito fiscal, proporcionalmente aos atos realizados pela Impugnante;

- é a lei que determina como devem ser as penalidades aplicadas, a que fato jurídico enquadra, não de acordo com o que deseja a Impugnante. As exigências fiscais estão em perfeita consonância com o que é estabelecido em lei;

- se os valores são significativos, certo é que o crime fiscal praticado foi muito maior;

- se as obrigações regulamentadas fossem respeitadas, assim como os demais contribuintes que cumprem os deveres a eles inerentes, nos prazos e formas estabelecidas, não teria multa, nem juros, nem valores de ICMS acumulados a pagar;

- afirma a Impugnante que, diante das ilegalidades e inconstitucionalidades da peça, não poderá surtir efeito a exclusão do Simples Nacional e requer a anulação do ato, mantendo-a o no referido Sistema. Contudo, ao comprovar prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/06, e falta de emissão regular de documentos fiscais na saída de mercadorias, foi providenciada a exclusão de ofício do Contribuinte do regime diferenciado do Simples Nacional;

- decidiu o legislador pela exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere à Lei Complementar nº 123/06, desde que comprovada prática reiterada de infrações, dentre outras, de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- cita os dispositivos da Lei Complementar nº 123/06, bem como da Resolução CGSN nº 94/11;

- a empresa foi intimada do Termo de Exclusão e do Auto de Infração, em dois momentos distintos, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa;

- revela-se insubsistente o argumento presente na impugnação, haja vista que o procedimento adotado pelo Fisco encontra respaldo na legislação, devendo ser mantida a exclusão da Impugnante do Simples Nacional.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento com a consequente exclusão do Regime de Tributação Unificado do Simples Nacional.

### **DECISÃO**

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o que versa acerca das seguintes imputações fiscais:

1) promover a saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal, no período de agosto de 2007 a setembro de 2009;

2) promover operações de saídas de mercadorias consignando em documentos fiscais valores divergentes do efetivo valor da operação, no período de novembro de 2009 a março de 2011;

3) promover saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal, no período de dezembro de 2009 a março de 2011.

Exigências de ICMS (normal e substituição tributária) e Multas de Revalidação e Isolada, ambas capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e § 2º, incisos I e III, e 55, incisos II e VII.

As exigências foram formalizadas a partir da diligência feita pelo Fisco Estadual no estabelecimento da ora Impugnante, em 07 de abril de 2011, quando realizou-se procedimento de copiagem e autenticação de documentos digitais gerando o Relatório Técnico nº 018/11. Os dados detectados foram confrontados com documentos fiscais e registros nos arquivos Sintegra referente ao período de agosto de 2007 a junho de 2011.

Foi entregue, juntamente com o Auto de Infração, Termo Exclusão do Simples Nacional emitido conforme as disposições do art. 76, inciso IV, alíneas "d" e "j", §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94/11.

Segundo consta do Auto de Infração, o desenquadramento de ofício do Regime Unificado de Tributação do Simples Nacional foi feito a partir de 1º de agosto de 2007 tendo em vista as ocorrências dos PTAs nºs 01.000173.653-66 e 01.000174.516-45 com irregularidades dispostas no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º e art. 32, ambos da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 5º, incisos V e XIII da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 15/07, em vigor a época das irregularidades, e art. 76, inciso IV, alíneas "d" e "j", §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94/11, atualmente em vigor.

**Da Preliminar**

Inicialmente, cumpre analisar a alegação da Impugnante de que o Auto de Infração, como ato administrativo que é, estaria sujeito a regime jurídico de direito público e, portanto, deveria observar a exigência dos pressupostos de validade dos atos administrativos, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Neste ponto deve ser ressaltado que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que, efetivamente, é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim determina:

**SEÇÃO III**

**DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

.....  
II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;  
.....

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

.....

Pela leitura dos dispositivos normativos acima transcritos e o confronto das regras neles dispostas com os fatos e fundamentos que nortearam a lavratura do presente Auto de Infração, percebe-se não ter restado configurada a alegada nulidade da presente autuação, uma vez restar demonstrado que o lançamento condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, assegurado o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Assim, o relatório do Auto de Infração, complementado que foi pelo Relatório Fiscal de fls. 17/19 e demais demonstrativos explicativos do lançamento regularmente enviados à Contribuinte, identificam plenamente todos os requisitos do ato administrativo previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional. São eles: o sujeito passivo, a matéria tributável, a base de cálculo do imposto, o valor do imposto devido, os dispositivos legais que foram infringidos e as respectivas penalidades cabíveis.

Da análise do Auto de Infração em apreciação em face das normas acima transcritas, verifica-se cabalmente que o mesmo atende a todos os requisitos impostos pela legislação tributária mineira.

Argui, ainda, a Impugnante que (fl. 286):

- 1 - sem qualquer autorização, justificativa, formalidade, a fiscalização invade o estabelecimento da Impugnante, à mão armada;
- 2 - após a invasão, a fiscalização obriga a Impugnante a copiar todos os computadores e documentos que entende pertinente;
- 3 - a fiscalização, no afã de supostamente documentar a operação, lavra Auto de Copiagem e Autenticação de documentos Fiscais em 07/04/2011;
- 4 - posteriormente, tentando conferir legalidade ao procedimento, a fiscalização lavra o Auto de Início de Ação Fiscal em 08/11/2011, solicitando os documentos já anteriormente obtidos por meio da abrupta e ilegal copiagem;
- 5 - por fim, lavra-se a Autuação Fiscal estrita e exclusivamente baseada naqueles documentos copiados do contribuinte, sem qualquer autorização legal, em 07/04/2011.

Cumprê destacar de pronto que consta do Auto de Infração (fl. 10) que: “O procedimento fiscal de auto copiagem e autenticação teve acompanhamento do sócio Sr. Rodrigo O. Franco Latorre - RG- M2.870.282.”

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No próprio Auto de Copiagem (fls. 20/23), emitido em 07 de abril de 2011, consta assinatura do Sr. Rodrigo de O. Franco Latorre. Esta assinatura não foi contestada pela Impugnante.

Pretende a Impugnante que seja determinada a nulidade do Auto de Infração, por não observância dos procedimentos regulares que o precedem, quais sejam: o Fisco procedeu à copiagem de computadores em seu estabelecimento sem que fosse lavrado Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF e sem que houvesse mandado judicial de busca e apreensão.

O Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF foi emitido 08 de novembro de 2011 e recebido em 16 de novembro de 2011 (fls. 02/03).

O art. 195 do Código Tributário Nacional impõe ao contribuinte a exibição imediata ao Fisco de todo e qualquer documento, livro, papel, equipamento, programa e arquivo eletrônico ou qualquer objeto vinculado à atividade comercial, existente no estabelecimento, *in verbis*:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Na esteira do Código Tributário Nacional trilha o art. 50 da Lei Estadual nº 6.763/75, a saber:

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

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

Mesmo o recém regulamentado Código de Defesa do Contribuinte Estadual, não desconstitui a possibilidade de averiguação pelo Fisco dos documentos, arquivos e programas do contribuinte.

Ressalte-se que apenas depende de autorização judicial a apreensão de material que não esteja na dependência do estabelecimento ou quando este for utilizado como moradia, conforme dispõe o art. 44 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 44 - Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

Parágrafo único - A busca e a apreensão de que trata o caput deste artigo também dependerá de autorização judicial quando o estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional for utilizado como moradia.

(grifos não constam do original)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a ação fiscal se deu com a observância dos preceitos formais de regência da matéria.

Alega, ainda, a Defendente que os arquivos eletrônicos teriam sido capturados antes de lavratura de Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF, e que se fizera mediante coação, com utilização de força policial.

Em contraponto, o Fisco informa que, em visita à empresa autuada, procedeu à copiagem de arquivos eletrônicos que se prestaram ao levantamento da irregularidade objeto do presente lançamento. Isso se deu em 07 de abril de 2011. Neste ponto não é possível falar em início formal de ação fiscal, o que não invalida as informações obtidas com a medida.

Os computadores foram copiados na presença do representante legal da Impugnante – Sr. Rodrigo de Oliveira Franco Latorre, em horário comercial (cuja cópia encontra-se em CD acostado aos autos em envelope lacrado à fl. 269), tendo sido lavrado o Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Eletrônicos (fls. 20/23), com relatório técnico – 018/11, de fls. 24/45, declarando que nos procedimentos não houve qualquer alteração do conteúdo dos documentos copiados e nas mídias de armazenamento, e que recebeu uma cópia do Auto de Copiagem.

Cumprе destacar que a Impugnante, em momento algum, fala de alteração dos dados dos arquivos.

Os arts. 190 e 193 do RICMS/02 determinam a obrigação do contribuinte de disponibilizar ao Fisco livros, documentos e arquivos eletrônicos que contenham informações comerciais e fiscais, desde que a solicitação exista, ainda que verbal, *in verbis*:

Art. 190 - As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, programas e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

.....  
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:

I - se os livros, meios eletrônicos e os documentos não forem exibidos após requisição verbal, a autoridade que os tenha exigido intimará, por escrito, o contribuinte ou o seu

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

representante a exibi-los no prazo definido na intimação;

.....  
No caso dos autos, diversamente da alegação não comprovada de que houve coação, o Fisco fez a copiagem dos arquivos eletrônicos, inclusive com autorização do representante do Sujeito Passivo, como se vê da assinatura no documento de fls. 20/23.

Não está demonstrada nos autos ocorrência de qualquer embaraço ou mesmo dificuldade no trabalho fiscal de copiagem dos arquivos.

Os arquivos originais ficaram em poder do Contribuinte e não foram deletados, segundo informações do Fisco.

Ocorrendo atendimento de requisição verbal, sem coação, sem uso de força policial, desnecessária faz-se intimação escrita.

Poderia o Sujeito Passivo, se quisesse alegar a ausência do AIAF em seu favor, ter-se valido do período entre a sua lavratura e a apreensão dos dados (07 de abril a 16 de novembro de 2011), para apresentar denúncia espontânea, mas não o fez. Assim, a lavratura posterior do Auto de Início de Ação Fiscal, bem como a omissão de consignação, no RUDFTO, da data do início da ação fiscal, podem ser consideradas como benéficas à ora Impugnante.

A Impugnante alega também que a lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal tentou conferir legalidade ao procedimento, solicitando os documentos já anteriormente obtidos por meio da abrupta e ilegal copiagem.

Contudo, a conferência do campo observações do Auto de Início de Ação Fiscal demonstra que seu objeto é a verificação do cumprimento da regularidade das obrigações principal e acessória relacionadas ao ICMS, no período citado, com solicitação de documentos complementando os entregues anteriormente.

Assim, pelo Auto de Início de Ação Fiscal foram solicitados documentos ainda não entregues, como por exemplo arquivos Sintegra que não tinham sido gerados e entregues no período adequado, tabela dos produtos fabricados pela empresa com a respectiva NBM, notas fiscais de entrada e saída, relacionados os meses faltantes, livros fiscais que foram apresentados pelo contribuinte, conforme documentos acostados às fls. 04/06, além de outros que foram solicitados posteriormente pela Intimação Fiscal de fl. 07.

No momento da ação fiscal de copiagem para cruzamento, conferência e análise dos dados, o Fisco recebeu parte da documentação fiscal entregue pela Impugnante, recebendo cópia de recibo datado em 07 de abril de 2011, com assinatura do Fisco e do Sr. Rodrigo de Oliveira Franco Latorre, demonstrando ser de conhecimento da Impugnante quais documentos fiscais foram entregues.

Frise-se, pela importância, que não foram solicitados os mesmos documentos pelo Auto de Início de Ação Fiscal, mas este se prestou a dar sequência a ação do Fisco e não a legalizar procedimento fiscal legal de copiagem.

Por todo o exposto, rejeita-se a arguição de nulidade do Auto de Infração.

### Do Mérito

Relembre-se que as irregularidades apontadas pelo Fisco, como motivadoras da lavratura do Auto de Infração em análise, surgiram após procedimento de copiagem e autenticação de documentos digitais gerando relatório técnico-018/11, apurado pelos arquivos de imagem denominados: a) “SERVIDOR1.001”; b) “SERVIDOR – INAT. 001” contendo o sistema gerencial ‘TPA GESTÃO’; c) “GERENTE 001”; d) “RECEPÇÃO 001”; que possui detalhamentos às fls. 25/27 dos autos.

O sistema gerencial “TPA GESTÃO” foi utilizado de forma contínua pela empresa até novembro 2009 (fl. 27) e, a partir desta data, passou a utilizar o sistema gerencial “SINGEM” (fl. 31).

Com a copiagem após análise dos documentos digitais, em confronto com documentos fiscais e registros no arquivo eletrônico Sintegra da Impugnante, no período de julho de 2007 a junho de 2011, o Fisco imputou-lhe o cometimento das seguintes irregularidades:

- saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, apurados pelo arquivo TPA- GESTÃO.EXE – Traprot – Tabela Movest LJ, no período de agosto de 2007 a setembro de 2009, demonstrados no Anexo 1 (fls. 49/73);

- saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, apurados pelo arquivo SINGEM – Sistema Integrado de Gestão Empresarial – Gerente, no período de dezembro de 2009 a março de 2011, demonstrados no Anexo 3 (fls. 132/219);

- saídas de mercadorias consignando, nos documentos fiscais relacionados no Anexo 2 (fls. 74/131), valores divergentes do efetivo valor da operação, apurados mediante confronto com documentos do Arquivo SINGEM – Sistema Integrado de Gestão Empresarial – Gerente, no período de novembro de 2009 a março de 2011.

No Anexo 1 “*saídas desacobertas de documentos fiscal*”, estão relacionadas as operações realizadas, número de PV (pedido de venda), data da emissão, o número da nota fiscal (quando emitida), nome do destinatário, valor do produto, valor de serviço (quando citado), valor de desconto, forma de pagamento, tipo de documento; valor total da nota fiscal emitida.

Importa destacar que as informações são complementadas no Anexo 1-A, que demonstra a descrição dos produtos com os respectivos PV dos dados coletados no arquivo “Gestão.Exe”. – TPAPROT – TABELA MOVEST LJ; separando, nos Anexos 1-B e 1-B(A), a apuração das mercadorias sujeitas ou não a substituição tributária.

Há, portanto, uma demonstração de cada item ali mencionado, de forma inequívoca, inclusive seu destino, a mercadoria, o valor, forma de pagamento, período.

A Impugnante não apresentou nenhum documento fiscal contrariando as alegações fiscais.

Para entendimento inequívoco das informações contidas nos arquivos, à fl. 46, é apresentada a legenda do programa Gestão. EXE-TPA Gestão, Excel Troprot cópias – Conteúdo das pastas dos arquivos, e, à fl. 47, a descrição do TPDOCTO – cada tipo de documento, isto é, a sua legenda.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já nas operações de saídas de mercadorias consignando nos documentos fiscais relacionados no Anexo 2, valores divergentes do efetivo valor da operação, apurados mediante confronto com documentos do Arquivo SINGEM – Sistema Integrado de Gestão Empresarial – Gerente, o Fisco demonstra todos os itens da operação realizada: data da OS, data final, número, valor total, valor dos produtos, forma de pagamento, a data da nota fiscal emitida, número da nota fiscal, valor dos produtos na nota fiscal, a diferença apurada, anexando cada OS e a notas fiscais relativas a cada uma das operações realizadas com todos os dados comprobatórios.

Observe-se que a maioria das OS traz, como observação, além do número da nota fiscal, a informação “*Nota fiscal de saída de 1/3*” (fls. 77, 79, 81, 83, 85, 87, 91, 97, 99, 105), nas fls. 107 e 111 cita 1/6, e na fl. 109 cita 1/2.

Para corroborar, chama-se a atenção para as informações de fl. 111, relativas a OS nº 00375 e, conseqüentemente, de fl. 112 relativas à Nota Fiscal nº 000395. A partir da fl. 115, verifica-se telas de mensagem via *e-mail* entre a Impugnante e a Empresa L&Z, evidenciando o valor acertado com a descrição dos produtos negociados e os constantes na nota fiscal; na fl. 120, a descrição do valor da nota fiscal e na fl. 121 a descrição, valor unitário e total dos produtos, referentes à OS nº 375 e à Nota Fiscal nº 395. Anexo, às fls. 113 e 114, os sócios negociantes.

Os dados da negociação continuam a ser informados às fls. 128/130.

Há ainda mensagens entre a Impugnante e a Empresa BY Tecnologia, (fls. 122/127), comprovando o demonstrado no confronto entre as OS e respectivas notas fiscais relacionadas no Anexo 2, como negociações, com redução dos valores levados à tributação.

Na ocorrência das saídas de mercadoria sem emissão de documento fiscal, apuradas pelo arquivo “SINGEM” – Sistema Integrado de Gestão Empresarial – Gerente, demonstradas no Anexo 3, assim como as demais citadas, o Fisco, ao confrontar com os documentos fiscais emitidos pela Impugnante no período, constata a saída desacobertada das operações realizadas, apurada por documentos extrafiscais.

Destaque-se constar das OS todas as informações da operação realizada, tais como: data de emissão, início e término, os produtos comercializados, o serviço, a forma de pagamento (se à vista, boleto, se boleto qual banco), o destino, o valor. Assim, não há como contestar a veracidade de cada item demonstrado se não trouxe a Impugnante nenhum documento fiscal contrariando as alegações fiscais.

Há casos em que a Impugnante emite a nota fiscal e a cancela posteriormente (fls. 149 c/c 150 e fls. 170 c/c 171).

Às fls. 179/180, encontra-se um exemplo de cobrança integrada de boletos do Banco do Brasil.

Assim, apuraram-se nos Anexos 3 e 3(A) as operações de saídas desacobertadas sujeitas ou não ao regime de substituição tributária.

Quando argumenta a Impugnante o grande equívoco da Fiscalização, que apura embasada em planilhas, OS, relatórios gerenciais e documentos internos, o que muitas vezes não correspondiam ou ensejavam operações fiscais, citando como

exemplo as lançadas para a empresa Seg Intel, Ethos e com o Sr. Ricardo Alexandre Resende, dentre outras, acrescenta que essas empresas são suas representantes, e os produtos enviados a elas para demonstração seriam devolvidos posteriormente.

Não há como acolher estas alegações sem subsídios em provas documentais.

Nos dados apurados cumpre citar, como exemplo, as operações realizadas de mercadorias enviadas sem documento fiscal à empresa Ethos, empresa com CNAE Fiscal: 4754-7/03- **Comércio varejista de artigos de iluminação**. Às fls. 179/180 encontra-se a OS nº 695 e a cópia da cobrança integrada do Banco do Brasil, assim como às fls. 184; 185; 186; 187; 191; 192; 194; 198; 199; 203; 204; 207; 209; 210; 211; 214, estão presentes as informações quanto ao volume de mercadorias enviadas à citada empresa, operações sem documento fiscal.

O mesmo acontece com o Sr. Ricardo Alexandre Resende, sócio da empresa RPG Comércio e Prestação de Serviço Ltda, sendo inquestionável o volume enviado à empresa de mercadorias sem documento fiscal. As operações constantes e as negociações contínuas estão demonstradas às fls. 158; 163; 167; 168; 176; 195; 205; 206; 215; 216; 218; 219.

Por seu turno, a Impugnante não acosta aos autos nenhuma prova documental de suas alegações.

Assim, não se configuram presunções ou ficções, mas dados e documentos da própria Impugnante que suportam a acusação fiscal.

As questões levantadas pela Impugnante em relação à ofensa aos princípios da segurança jurídica e tipicidade, já foram respondidas na fase preliminar. Contudo, ressalte-se, mais uma vez, que o Fisco não desconstituiu nenhum ato ou situação jurídica que atingiu a finalidade realizada pela Impugnante. Ademais, é exatamente o princípio da tipicidade que está sendo cumprido no caso dos autos.

A Impugnante, como qualquer contribuinte, está obrigada a observar todas as normas tributárias pertinentes, e, nesse contexto, é regra geral em todo território nacional, que a movimentação de bens ou mercadorias deve ser acobertada por documento fiscal de forma regular.

Tal obrigação encontra-se ratificada na legislação mineira, Lei nº 6.763/75, art. 39, § 1º, que assim determina:

Art. 39. Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

Portanto, as provas constantes dos autos evidenciam, de forma incontestável, que a Defendente promoveu a circulação de mercadorias sem documentos fiscais e com documentos fiscais emitidos de forma diversa da prevista na legislação tributária.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A exigência da alíquota de 18% (dezoito por cento) é feita para as operações de saídas de mercadoria desacobertadas na forma da legislação complementar que rege a matéria.

A Lei Complementar nº 123/06 estabelece os requisitos necessários para que o contribuinte seja contemplado pelo tratamento beneficiado e favorecido de que trata, conhecido como Simples Nacional.

Em seu art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, a citada lei complementar é clara ao estabelecer a exclusão deste tratamento diferenciado das operações que ocorrerem sem a devida emissão de documentos fiscais.

Sendo assim, em observância a esse dispositivo legal, o imposto devido nas operações que ocorrerem desacobertadas de documentos fiscais deve ser calculado nos moldes da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, não abrangidas pelo tratamento beneficiado de que trata a Lei Complementar nº 123/06.

Assim, em Minas Gerais, nesses casos, a base de cálculo do imposto é o valor das operações de saídas, e a alíquota determinada pelo art. 42 do RICMS/02.

Frise-se que a Lei Complementar nº 123/06 é clara ao condicionar o tratamento beneficiado e diferenciado, dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, à emissão do documento fiscal correspondente a cada operação, a saber:

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

.....  
VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

.....  
§ 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 desacobertada de documento fiscal;

.....  
Aproveitar-se do tratamento beneficiado do Simples Nacional sem a respectiva emissão de documentos fiscais caracteriza infração ao disposto no art. 13 acima transcrito, e também ao § 2º do art. 9º da Resolução do Comitê Gestor do

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Simplex Nacional nº 30, de 7 de fevereiro de 2008 (vigente à época da ocorrência dos fatos), *in verbis*:

### OMISSÃO DE RECEITA

Art. 9º Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simplex Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simplex Nacional.

§ 1º - A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federativo não desobrigará: (Renumerado pela Resolução CGSN nº 40, de 1º de setembro de 2008)

I - da apuração da base de cálculo real efetuada pelo contribuinte ou pelas administrações tributárias;

II - da emissão de documento fiscal, previsto no art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007.

§ 2º Não serão observadas as disposições da Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008, nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008) (Vide art. 26 da Resolução CGSN nº 50, de 2008)

Dessa forma, ao comprovar a saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, o Fisco providenciou a exclusão de ofício da Impugnante do regime diferenciado do Simplex Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º, e art. 26, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 e art. 76, inciso IV, alíneas "d" e "j", e § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simplex Nacional - CGSN nº 94/11 (vigente à época do desenquadramento).

Veja-se a legislação mencionada:

### Lei Complementar nº 123/06:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simplex Nacional dar-se-á quando:

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

.....  
§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

.....  
§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

.....  
Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

**Resolução CGSN nº 94/11:**

Art. 76 A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

.....  
IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

.....  
d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

.....  
j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

.....  
§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de dois ou mais períodos de apuração consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento em um ou mais procedimentos fiscais;

.....

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado, a que se refere à Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas reiteradas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, abaixo transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do Contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 39. o contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

.....

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

Não existe na legislação mineira disposição específica sobre a exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais - RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata das notificações em seu art. 10:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

O Fisco lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso, a Impugnante foi intimada do Termo de Exclusão e do Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Inicialmente, o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 19.032/10/2ª:

### EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL - CONSTATADO, POR MEIO DE CONCLUSÃO FISCAL, PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 194, INCISO V DO RICMS/02, QUE A AUTUADA DEU SAÍDA A MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO FISCAL LEVADO A EFEITO A PARTIR DO CONFRONTO ENTRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS REGISTROS CONSTANTES DOS LIVROS FISCAIS. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO II DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO DE OFÍCIO - SAÍDA DESACOBERTADA - UMA VEZ COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 5º, INCISOS V E XIII DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

No caso dos autos, o desenquadramento, de ofício, do Regime Unificado de Tributação do Simples Nacional, a partir de 1º de agosto de 2007, está sendo feito não só pelas irregularidades constantes destes autos, mas também tendo em vista as ocorrências do PTA nº 01.000174516-45.

Portanto, configurada também a reincidência na prática da infração que provocou o desenquadramento, perfeitamente atendidas as normas que o determinam.

A Impugnante afirma, ainda, que as multas são desproporcionais ao fato estando em desacordo com o ato, com desvio de finalidade pedagógica e que o ato deve ser adequado, necessário e proporcional. Alega ter prestado todas as informações ao Fisco, e que esta situação deveria ser considerada.

Relativamente às multas aplicadas, deve-se destacar que todas elas encontram-se devidamente estatuídas na Lei nº 6.763/75 e foram aplicadas na forma ali determinada.

Ressalte-se que, embora a Impugnante alegue que prestou todas as informações ao Fisco, não importando se os atos por ela praticados estão de acordo com normas estabelecidas em lei tributária, não é possível considerar esta alegação, pois é a lei que determina como devem ser as penalidades aplicadas, a que fato jurídico se enquadram. Assim, as exigências fiscais estão em perfeita consonância com o que é estabelecido em lei.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As Multas Isoladas previstas no art. 55, incisos II e VII da Lei nº 6.763/75, tratam-se de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Já a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, refere-se ao descumprimento da obrigação principal, ou seja, o não pagamento de ICMS devido.

Portanto, as multas exigidas tratam de infrações distintas, sendo uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

No que tange ao pleito para a aplicação do permissivo legal previsto no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, para cancelar ou reduzir as penalidades aplicadas, vale ressaltar que o Auto de Infração resulta de falta de pagamento de ICMS, ficando vedada a aplicação de tal dispositivo nos termos do § 5º, item 3 do artigo retro mencionado, a saber:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

.....  
§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

.....  
§ 5º O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

.....  
3. em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Assim, ratifica-se o Termo de Exclusão do Simples Nacional por restar comprovada a causa da exclusão do regime unificado e simplificado.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento e a exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

**Sala das Sessões, 28 de fevereiro de 2013.**

**José Luiz Drumond**  
**Presidente / Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão**  
**Relatora**