

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.757/15/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000217515-51
Impugnação: 40.010136692-22
Impugnante: Kazon Indústria e Comércio de Cosméticos Ltda - EPP
IE: 062666787.00-29
Proc. S. Passivo: Celso Arantes Brito Neto/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante o confronto de documentos extrafiscais, devidamente extraídos de arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado, com as respectivas notas fiscais de saída, emitidas no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação simples (ICMS), nos termos do art. 56, inciso II, Multa de Revalidação em dobro (ICMS/ST), capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, incisos II e III, e Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. 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. 76, inciso IV, alínea “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal ou submetidas ao regime de substituição tributária, desacobertadas de documentos fiscais, promovidas pela Autuada no período de outubro de 2009 a março de 2013, apuradas mediante o confronto de documentos extrafiscais, devidamente extraídos de arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado, com as respectivas notas fiscais de saída.

O arquivo utilizado para o confronto, denominado “Constasrc”, foi obtido mediante cópiagem e autenticação de arquivos digitais armazenados nos equipamentos de propriedade da Autuada, realizada em 21/03/13, conforme Auto de Cópia e Autenticação de Arquivos Digitais, fls. 492/499.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação simples (ICMS), nos termos do art. 56, inciso II, Multa de Revalidação em dobro (ICMS/ST), capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, incisos II e III, e Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

Considerando que as saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais ensejam a sua exclusão do regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições – Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, a Fiscalização intimou a Autuada, dando-lhe ciência do início do processo de exclusão de ofício, mediante Termo de Exclusão do Simples Nacional, fls. 501.

O presente trabalho encontra-se instruído pelo Auto de Intimação Fiscal de 11/04/14 (fls. 02); Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000009381.38 (fls. 03); Auto de Infração-AI (fls. 04/14); Relatório Fiscal (fls. 15/20); Anexo 1 – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 21/32); Anexo 2 - Verificação Fiscal–Saídas Desacobertas (fls. 33/36); Anexo 3 – Arquivo “CONTASRC” (fls. 37/80); Anexo 4 – Relação das Notas Fiscais de Saída constantes no Arquivo “CONTASRC” (fls. 81/123); Anexo 5 – Cálculo dos Percentuais dos Produtos sujeito à Substituição Tributária e com Tributação Normal (fls. 124/128); Anexo 6 – Relação de Produtos e Respektivas MVA’s (fls. 129/172); Anexo 7 – Relação de Produtos e Respektivas Alíquotas (fls. 173/216); Anexo 8 – Cálculo da Margem de Valor Agregado-MVA Média (fls. 217/219); Anexo 9 – Cálculo da Alíquota Média (fls. 220/222); Anexo 10 – Cópia, por amostragem, dos Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas - DANFE’s referentes às notas fiscais eletrônicas constantes no arquivo “CONTASRC” (fls. 223/402); Anexo 11 – Declaração Anual do Simples Nacional de 2009, 2010, 2011 e extrato do Simples Nacional-período janeiro/12 e março/13 (fls. 403/479); Anexo 12 – Relatório Técnico-06/2014 - Copiagem e Autenticação dos arquivos digitais (fls. 480/499); Anexo 13 – Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 500/501); Anexo 14 – Arquivo Original-“CONTASRC” (fls. 502/503); Anexo 15 – CD-R contendo os arquivos referentes aos Anexos 3, 4, 6, 7 e 14 (fls. 504/505).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 509/539.

Requer, ao final, a nulidade do lançamento, por entender que o embasamento probatório é inválido, pois se trata de prova ilícita produzida por quebra de sigilo sem autorização judicial, ou, alternativamente, que o Auto de Infração seja declarado improcedente, pela insubsistência de provas e inexistência de saídas de mercadorias desacobertas, conseqüentemente, também improcedente a exclusão do Simples Nacional.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 555/564, refuta as alegações da Defesa, requerendo a procedência total do lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 566/580, opina por rejeitar a prefacial de nulidade e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão.

Da Preliminar

Aduz a Impugnante que os documentos extrafiscais, que respaldam o lançamento, são provas obtidas por meio ilícito, uma vez que foram apreendidos sem prévia autorização judicial, configurando invasão de domicílio e quebra de sigilo de dados, nos termos do art. 5º, incisos X, XI e XII da Constituição Federal.

Entende que, o conceito de domicílio abrange não só a casa ou o local de residência, mas também o escritório ou o local de trabalho, portanto, amparado pelas mesmas garantias constitucionais e, assim, na falta de consentimento do proprietário para se adentrar ao recinto, faz-se necessária ordem judicial. A fim de amparar sua tese, apresenta decisões do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, os incisos X, XI e XII do art. 5º da Constituição da República tratam da inviolabilidade de privacidade e do domicílio, sendo que, no presente caso, não ocorreu invasão de domicílio.

O ingresso dos agentes fiscais no estabelecimento, foi acompanhado por seus proprietários, e após a finalização dos trabalhos, os sócios assinaram o Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais, fls. 492/499.

Ressalta-se que não existe sequer menção nos autos da ocorrência de qualquer questionamento quando da realização dos procedimentos fiscais na empresa. Público e notório que a prova foi obtida de forma lícita, conforme a legislação de regência. Assim, não se aplica, neste caso, o Acórdão HC 93.050/RJ do Supremo Tribunal Federal apresentado pela Autuada.

No tocante a esse tema, vale transcrever excertos do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli (Relator), em julgamento do AG. REG. no Recurso Extraordinário nº 767.180 do Supremo Tribunal Federal, de 19/08/14, cujo teor é análogo ao caso concreto:

O TRIBUNAL DE ORIGEM, INTERPRETANDO O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E A LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, ENTENDEU QUE A APREENSÃO DE DOCUMENTOS DO CONTRIBUINTE CONSISTIA EM MANIFESTAÇÃO CONCRETA, EM SEDE ADMINISTRATIVA, DO PODER DE POLÍCIA DAS AUTORIDADES FISCAIS, “NO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA” (FL. 1.080). CONCLUIU NÃO HAVER, NO CASO, ILEGALIDADE NA ATUAÇÃO DESSES AGENTES, NOTADAMENTE POR ESTAREM

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AMPARADOS NA EXPRESSA LEGISLAÇÃO LOCAL. FIRMOU, MEDIANTE ANÁLISE DOS FATOS E DAS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS, TER INEXISTIDO OPOSIÇÃO, POR PARTE DA AGRAVANTE, À ENTRADA DAS AUTORIDADES FISCAIS NO ESTABELECIMENTO.

(...)

NOS TERMOS DO VOTO CONDUTOR DO ACÓRDÃO RECORRIDO, NÃO HOUE, REITERO, PROVA (SEQUER COMEÇO DE PROVA) DA QUEBRA DA GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR, O QUE ACABOU POR AFASTAR A ÓPTICA CONSTITUCIONAL DA DISCUSSÃO. NOTE-SE QUE A ARGUMENTAÇÃO DA RECORRENTE SE ENCONTRA NA PROTEÇÃO DA INVIOABILIDADE DE SEU ESTABELECIMENTO, EMBORA CITE, DE FORMA GENÉRICA, A CONSECUTÁRIA VULNERAÇÃO DOS ARTS. 5º, XII E LVI; E 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

PORTANTO, A QUESTÃO RELATIVA À NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O FISCÃO APREENDER DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS E À ILICITUDE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE ADMINISTRATIVA, NO CASO, CINGE-SE AO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL E AOS FATOS E PROVAS DOS AUTOS. EVENTUAL OFENSA AO TEXTO CONSTITUCIONAL, SE OCORRESSE, SERIA APENAS INDIRETA OU REFLEXA, O QUE É INSUFICIENTE PARA AMPARAR O APELO EXTREMO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 279 DESTA CORTE.

Ademais, a ação fiscal procedida junto ao estabelecimento autuado encontra-se respaldada no Código Tributário Nacional – CTN, que no art. 195 estabelece:

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 exibí-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Acrescenta-se que o art. 42, § 1º c/c art. 50 da Lei nº 6.763/75 prescreve a apreensão de livros, documentos, bens e objetos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária:

Art. 42 - Dar-se-á a apreensão de mercadorias quando:

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

A regulamentação do art. 50 está contemplada nos arts. 201 a 205 do RICMS/02, explicando em detalhes o procedimento a ser adotado quando da apreensão de documentos, bens e mercadorias em estabelecimentos comerciais.

Ressalta-se que a apreensão efetuada no estabelecimento comercial do contribuinte, de mercadorias, documentos, papéis, programas e arquivos eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária, independe de autorização judicial, conforme preceitua os artigos a seguir transcritos:

RICMS/02

Art. 201. Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

(...)

Art. 202. A apreensão será efetuada mediante a lavratura de Auto de Apreensão e Depósito, assinado pelo apreensor, pelo detentor da mercadoria ou do bem apreendidos, ou pelo seu depositário, e, se possível, por 2 (duas) testemunhas.

(...)

Art. 204. 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, simultaneamente, como moradia.
(Grifou-se)

Assim, de acordo com a legislação tributária, a busca e a apreensão deverão ser precedidas de autorização judicial somente nos casos em que os documentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apreendidos estejam em local diverso do estabelecimento do contribuinte ou quando o estabelecimento é usado, simultaneamente, como moradia.

Corroborando esse entendimento a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Des. Belizário de Lacerda, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 1.0027.08.176278-6/003:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - APREENSÃO DE DOCUMENTOS EFETIVADA PELO FISCO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL - LEGALIDADE - CONDUTA REALIZADA MEDIANTE OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA- RECURSO NÃO PROVIDO.

- NOS TERMOS DO ART. 42, DA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 E ART. 194 E SEQUINTE DO CTN É LÍCITO AOS AGENTES FISCAIS, NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA, APREENDER DOCUMENTOS DESTINADOS A COMPROVAR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, NÃO HAVENDO NULIDADE NO ATO DE APREENSÃO QUANDO ESTE SE DÁ MEDIANTE CONCESSÃO DO RECIBO CONTENDO A DESCRIÇÃO DOS DOCUMENTOS APREENDIDOS.

- SOMENTE SE FAZ NECESSÁRIA A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS QUANDO ESTES NÃO ESTEJAM EM DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, INDUSTRIAL, PRODUTOR OU PROFISSIONAL OU AINDA QUANDO O ESTABELECIMENTO FOR TAMBÉM UTILIZADO COMO MORADIA, O QUE NÃO É OCASO DOS AUTOS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.08.176278-6/003 - COMARCA DE BETIM -APELANTE(S): SEMD DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS LTDA - APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - AUTORIDADE COATORA:DELEGADO CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA DE BETIM.

Também, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrita, menciona o direito da Administração de efetuar a apreensão de documentos, independente de autorização judicial:

HABEAS CORPUS Nº 242.750 - DF (2012/0100908-6)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE DA PROVA. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS INDEPENDENTE DE MANDADO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ. APREENSÃO DE DOCUMENTOS PELA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA.

POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. VIA ELEITA INADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

5. A APREENSÃO DE DOCUMENTOS PELA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA TEM RESPALDO LEGAL E NA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. (...)

Assim, ao contrário do alegado pela Impugnante, a Fiscalização tem o poder de apreender os referidos documentos, ainda que sem autorização judicial, pois são provas efetivas das infrações fiscais. Tal situação encontra-se pacificada na jurisprudência administrativa conforme Acórdãos nºs 21.196/13/1ª, 19.235/11/2ª e 19.236/11/2ª.

No tocante à alegação de que houve violação dos dados magnéticos configurando quebra de sigilo sem ordem judicial, registra-se que os dados armazenados em computador são documentos da mesma natureza dos documentos de papel guardados pelo contribuinte, ou seja, são passíveis de fiscalização nos termos do já citado art. 195 do CTN, não cabendo, então, a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado no MS 22.801/DF, citado pela Impugnante, cujo teor refere-se ao sigilo de dados bancários.

Portanto, não há que se falar em nulidade do lançamento ou em ilicitude das provas, uma vez que a apreensão dos documentos, além de estar expressamente autorizada em lei, ocorreu de forma regular, com o cumprimento de todos os procedimentos previstos na legislação vigente.

Salienta-se que o presente lançamento não foi embasado em meras suspeitas e presunções, como alega a Impugnante, mas em provas concretas do ilícito fiscal por ela praticada, o que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a alegada preliminar de nulidade.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal ou submetidas ao regime de substituição tributária, desacobertadas de documentos fiscais, promovidas pela Autuada no período de outubro de 2009 a março de 2013, apuradas mediante o confronto de documentos extrafiscais, devidamente extraídos de arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado, com as respectivas notas fiscais de saída.

O arquivo utilizado para o confronto, denominado “Constasrc”, foi obtido mediante copiagem e autenticação de arquivos digitais armazenados nos equipamentos de propriedade da Autuada, realizada em 21/03/13, conforme Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais, fls. 492/499 (Anexo 12-A).

Exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação simples (ICMS), nos termos do art. 56, inciso II, Multa de Revalidação em dobro (ICMS/ST), capitulada no 21.757/15/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 56, inciso II e § 2º, incisos II e III, e Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente, cumpre informar que, em 21/03/13, a Estação Regional de Auditoria Digital – ERAD/BH realizou copiagem e autenticação dos arquivos digitais nos computadores de propriedade da Autuada.

Segundo a Fiscalização, na averiguação do material capturado, foi encontrado um sistema de gerenciamento comercial e financeiro denominado “PKazon” e, quando da realização de testes de consistências dos dados, foram observadas divergências entre os valores das notas fiscais emitidas e aqueles constantes nos relatórios obtidos pelo sistema.

Sendo assim, o Auditor responsável pela copiagem (ERAD/BH) emitiu o Relatório Técnico 006/14, em 09/06/14, constante do Anexo 12 do Auto de Infração, e encaminhou-o para subsidiar o processo de auditoria na escrita da Contribuinte, já em curso na Delegacia Fiscal de Trânsito – DFT/BH.

Acrescenta-se que o trabalho foi realizado com base no arquivo “Contasrc”, extraído diretamente do banco de dados MySQL “dist040” do sistema “Pkazon”, o qual é utilizado pela Contribuinte no gerenciamento de suas atividades comerciais e financeiras.

Para melhor compreensão da verificação efetuada, a Fiscalização elaborou os Anexos 1 a 15, constantes deste Auto de Infração.

Os dados do Anexo 3 foram extraídos do arquivo original “Contasrc”, apresentando informações referentes às cobranças dos clientes, como valores pagos, número do pedido, modalidade de pagamento, número da nota fiscal, dentre outras.

O Anexo 4 relaciona as notas fiscais emitidas, constantes do arquivo “Contasrc”, e seus respectivos valores.

O Anexo 5, por sua vez, demonstra os percentuais de vendas realizadas com produtos sujeitos à substituição tributária e com tributação normal, obtidos mediante informações prestadas pela Autuada em Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) e PGDAS, constantes do Anexo 11.

Já o Anexo 2 refere-se à planilha de confronto dos valores cobrados dos clientes (Anexo 3) e as notas fiscais de saída (Anexo 4), apurando o total das saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Nessa mesma planilha, constatou-se valores de saídas desacobertadas sujeitas à substituição tributária e com tributação normal, mediante aplicação dos percentuais encontrados no Anexo 5.

O Anexo 6 relaciona os itens dos produtos sujeitos à substituição tributária, constantes das notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada, com os respectivos dados de, por exemplo, valor total dos produtos (coluna I), percentual da MVA (coluna J) e valor da MVA (coluna K), o qual é resultante da aplicação do percentual informado na coluna J sobre o valor total dos produtos lançado na coluna I.

O somatório mensal dos valores da coluna I e o da coluna K foram transportados para a planilha que compõe o Anexo 8, a fim de calcular o percentual da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MVA média mensal, resultante da proporção entre o somatório mensal dos valores da MVA (determinada na coluna K do Anexo 6) e o somatório mensal dos valores totais dos produtos (coluna I do Anexo 6).

A alíquota média mensal foi definida nos mesmos moldes da MVA média, conforme Anexos 7 e 9, resultante da proporção do somatório mensal constante da coluna K do Anexo 7 (valor dos produtos multiplicado pela correspondente alíquota) sobre o somatório mensal constante da coluna I do Anexo 7 (valor total dos produtos).

A partir dos dados de alíquota média mensal e MVA média mensal, apurou-se o ICMS e o ICMS/ST, com as respectivas multas de revalidação, conforme Anexo 1 (Demonstrativo do Crédito Tributário).

O cálculo da multa isolada está detalhado às fls. 30/31, compondo, também, o Anexo 1 do Auto de Infração.

O Anexo 10 refere-se a cópias, por amostragem, dos Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas - DANFE's relativos às notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada, e constantes do arquivo "Contasrc".

Tendo em vista a quantidade expressiva de dados das planilhas constantes dos Anexos 3, 4, 6 e 14, elas foram parcialmente impressas para melhor visualização do trabalho (à exceção do Anexo 14, que corresponde ao arquivo original "Contasrc") e apresentadas na íntegra em CD (Anexo 15), autenticadas com o código hash MD-5, descritos às fls. 19.

Assim, a constatação de saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal está perfeitamente demonstrada pela Fiscalização nos referidos anexos.

Embora o trabalho fiscal esteja bem fundamentado, a Impugnante questiona os critérios adotados no lançamento, alegando que a autuação baseou-se em meros indícios levantados por análise dos arquivos constantes das máquinas apreendidas e que o Relatório Técnico - 006/14 cita divergências entre os valores contidos no relatório de vendas, na soma das duplicatas e na nota fiscal, sendo que a Fiscalização optou por aquele que levaria a um maior crédito tributário, gerando completa insegurança jurídica.

Afirma que meras inconsistências e indícios não podem ser suficientes para dar ensejo a qualquer lançamento tributário.

No entanto, não assiste razão a Defesa.

O Relatório Técnico apresentou apenas os indícios, sendo que somente no processo de auditoria é que foi feita uma análise minuciosa dos arquivos copiados e a comprovação da ocorrência das irregularidades (saída de mercadorias desacobertas), cuja metodologia está bem detalhada no Relatório Fiscal, item h, fls. 17/19.

No tocante à afirmação de que a Fiscalização tenha utilizado, dentre os valores divergentes citados no Relatório Técnico - 006/14, aquele que levaria a um maior crédito tributário, cabe transcrever o seguinte trecho da manifestação fiscal:

"A título de exemplo, iremos analisar os dados da NF nº 008435 exemplificada no Relatório Técnico, fls. 488

e 490. O seu valor, conforme figura 12, é de R\$ 943,13, enquanto que, no relatório de Contas a Receber por Clientes (arquivo Contasrc), figura 14, constam, para a mesma nota, quatro duplicatas totalizando R\$ 1.966,20. Já o Relatório de Vendas Realizadas apresenta as saídas no montante de R\$ 2.357,82. Note-se que a venda realizada é superior ao total das duplicatas emitidas, o que possivelmente significa recebimento de parte da venda em espécie.

Tendo em vista que não foi localizado o arquivo que gerenciava os pagamentos efetuados em espécie e constatado que o Contasrc é aquele que controla, por nota fiscal, o recebimento das vendas efetuadas através de duplicatas, boletas, cheques e cartões de crédito/débito, os seus dados foram utilizados para apurar e comprovar as saídas desacobertas. Portanto, a opção por este arquivo não se deu de forma aleatória, como relatado na peça de defesa, mas se reveste de credibilidade por conter as informações referentes às vendas da empresa.”

Acrescenta-se que, neste trabalho, considerou-se, do arquivo “Contasrc”, todas as notas fiscais comprovadamente emitidas, motivo pelo qual foram desprezadas aquelas de numeração X000000.

Cumpra mencionar que, conforme esclarecimento da Fiscalização em sua manifestação, as devoluções não foram consideradas na apuração do crédito tributário, tendo em vista que a Impugnante não apresentou documento de devolução relativo às notas fiscais, objeto desta autuação, o que também não o fez em sua peça de defesa. Já os descontos foram considerados, pois já estavam embutidos nos valores cobrados dos clientes.

A Impugnante também alega que a Fiscalização não utilizou qualquer das possibilidades de apuração do crédito tributário, previstas no art. 194 do RICMS/02.

Todavia, observa-se que o procedimento adotado na apuração do lançamento foi realizado nos exatos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02, conforme citado pela Fiscalização às fls. 09 e 16 dos autos, ou seja, mediante análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários da Contribuinte.

Correta a afirmação da Impugnante de que a cobrança de valores dos clientes não é fato gerador de ICMS, entretanto, o fato gerador relativo a esta autuação corresponde às saídas de mercadorias desprovidas de documentos fiscais, constatadas mediante cruzamento do valor total de vendas (montante cobrado dos clientes) e o valor constante das notas fiscais emitidas pela Autuada.

Considera-se irrelevante o questionamento da Defesa de que a Fiscalização não solicitou os extratos bancários para compará-los à planilha lançada na figura 14 do Relatório Técnico, em que constam pagamentos do Banco do Brasil, às fls. 489.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os arquivos capturados dos computadores da Contribuinte são documentos extrafiscais e possuem força probante, não sendo necessária a sua comparação com os valores lançados em suas contas bancárias.

Mas, se a Impugnante tivesse apresentado documentos que demonstrassem as divergências apontadas, inclusive, referente à alegação de que o “software embasador da autuação” gera duplicidades, eles seriam de pronto analisados pela Fiscalização. No entanto, isso não ocorreu.

Portanto, resta comprovado que a Autuada possuía um controle paralelo de seu real faturamento (sistema “PKazon”) e utilizava a planilha constante do arquivo “Contasrc” para controlar os valores a receber dos clientes, fato não contestado em sua impugnação.

Em relação ao argumento de que as multas devem guardar proporção com a prestação tributária, sob pena de violar os princípios da capacidade contributiva e do não confisco, salienta-se que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Ressalta-se que, ao contrário do defendido pela Impugnante, para os cálculos da Multa Isolada prevista no art. 55 da Lei nº 6.763/75, a Fiscalização utilizou valores que correspondem aos das operações da empresa, pois o montante apurado de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal foi com base nos arquivos magnéticos da própria Autuada e nos documentos fiscais por ela emitidos.

No tocante ao pedido de aplicação do permissivo legal, nos termos do § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, cumpre registrar que o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante do item 3 do § 5º do artigo citado:

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. (grifou-se)

Do Termo de Exclusão do Simples Nacional

Considerando que as saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais ensejam a sua exclusão do regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições – Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, a Fiscalização intimou a Autuada, dando-lhe ciência do início do processo de exclusão de ofício, mediante Termo de Exclusão do Simples Nacional, fls. 501 (Anexo 13).

A Defesa entende que, ainda que este Auto de Infração seja considerado procedente, não cabe a exclusão do Simples Nacional, pois não há prática reiterada de infração à Lei Complementar nº 123/06, uma vez que ela não foi autuada anteriormente por infração idêntica.

Afirma que esse é o entendimento exposto no voto proferido por Conselheiro deste Órgão, o qual ficou vencido, em julgamento do processo PTA/AI nº 01.000173281-69 (Acórdão nº 19.809/12/2ª).

Conclui, então, que, diante de sua permanência no Simples Nacional, eventuais créditos apurados neste Auto de Infração deverão ser recalculados com a correta alíquota, nos termos da citada lei.

Contudo, de acordo com a legislação pertinente, a prática reiterada é caracterizada quando ocorrida em dois ou mais períodos de apuração (consecutivos ou não) de idênticas infrações, nos últimos 5 (cinco) anos-calendários. Veja-se:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples 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;

(...)

§ 9º. Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

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 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e 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: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em 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;

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (grifou-se)

Observa-se que tanto o § 9º do art. 29 da LC 123/06 quanto o § 6º do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11 afirmam apenas que as infrações devem ser formalizadas, mas não determinam que elas sejam "anteriormente" formalizadas.

Assim, como, no presente caso, as infrações ocorreram em mais de 3 (três) anos consecutivos, nos últimos 5 (cinco) anos, e foram exigidas neste Auto de Infração, configurou-se a prática reiterada, sendo, portanto, correta a exclusão de ofício da Autuada do Regime do Simples Nacional.

Nesse sentido, foi a decisão majoritária do julgamento do processo mencionado pela Defesa:

"ASSIM, CONSIDERANDO-SE PRESENTES TODAS AS CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS IMPOSTOS PELA LEGISLAÇÃO VIGENTE, QUAIS SEJAM: A CONSTATAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE EMISSÃO DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A DEMONSTRAÇÃO DA PRÁTICA REITERADA DO ATO ILÍCITO E A FORMALIZAÇÃO DA OCORRÊNCIA MEDIANTE LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO; ESCORREITA ESTÁ A EXCLUSÃO DA AUTUADA DO SIMPLES NACIONAL COMO FORMALIZADA.” (ACÓRDÃO Nº 19.809/12/2ª).

Acrescenta-se que, independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

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

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Diante do exposto, ACORDA a 1ª 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, em seguida, aprovou-se a exclusão do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 27 de janeiro de 2015.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

T