

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.196/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000184391-00
Impugnação: 40.010133262-79
Impugnante: Plasmold - Injeção Plástica e Ferramentaria Ltda - EPP
IE: 277106584.00-22
Proc. S. Passivo: Rogério Andrade Miranda/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais de controle interno do Contribuinte com o Faturamento Informado/Declarado no Extrato do Simples Nacional – PGDAS. Procedimento considerado tecnicamente idôneo nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos 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, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94/11.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2008 a fevereiro de 2012, apuradas mediante o confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais de controle interno do Contribuinte, obtidos por meio de copiagem de arquivo de seu computador, com o Faturamento Informado/Declarado no Extrato do Simples Nacional - PGDAS no mesmo período.

Por conseguinte, lavrou-se o Termo de Exclusão do Simples Nacional, dando ciência à Autuada da sua exclusão de ofício a partir de julho de 2007 (PTA 01.000184163-39).

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 54/69, com juntada de documentos de fls. 70/85, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 89/97.

DECISÃO

Da Preliminar

Segundo a Impugnante, os documentos extrafiscais que lastreiam o lançamento são provas obtidas pela quebra do sigilo das comunicações de dados e violação aos direitos da personalidade mediante acesso não autorizado ao correio eletrônico da empresa, portanto ilícitas.

Aduz que passam de meros indícios e que é imprescindível a existência de outras provas.

Conclui que, dessa forma, o Auto de Infração é nulo de pleno direito.

Porém, razão não lhe assiste.

O art. 42, § 1º, c/c art. 50 da Lei nº 6.763/75 e art. 201 do RICMS/MG, respalda a ação fiscal para a apreensão de livros e documentos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária:

Lei nº 6.763/75:

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

(...)

§ 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.

RICMS/02, Parte Geral:

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.

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 dos ilícitos fiscais narrados no Auto de Infração.

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 e a Fiscalização agiu dentro dos trâmites legais.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Não é o fato de a Autuada discordar da infringência que lhe é imputada, que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela, comprovar as suas alegações.

Outrossim, evidenciou-se nos autos, que não se trata o presente lançamento de exigência baseada em dados fabricados pela Fiscalização, como alega a Impugnante, mas em provas concretas do ilícito fiscal por ela praticada, o que será demonstrado na análise de mérito.

Essas questões serão tratadas também no mérito.

Assim, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2008 a fevereiro de 2012, apuradas mediante o confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais de controle interno do Contribuinte, obtidos por meio de copiagem de arquivo de seu computador, com o Faturamento Informado/Declarado no Extrato do Simples Nacional - PGDAS no mesmo período.

O trabalho da Fiscalização resultou do confronto entre o faturamento/receita constante nos documentos extrafiscais de controle interno do Contribuinte obtidos por meio de copiagem de arquivos dos computadores pertencentes à empresa e o Faturamento Informado/Declarado no Extrato do Simples Nacional – PGDAS.

Foi detectado parcela da receita não oferecida à tributação sendo, dessa forma, exigido ICMS (sobre a diferença não levada à tributação), Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso I, Parte Geral do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

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

(...)

1) Utilização de prova ilícita para lavratura do Auto de Infração, quebra de sigilo das comunicações de dados e violação aos direitos da personalidade mediante acesso não autorizado a correio eletrônico da Impugnante

A Impugnante pretende rechaçar o trabalho fiscal com a alegação de que o Auto de Infração foi lavrado com a utilização de prova ilícita.

Porém não procede a alegação da Autuada.

Depreende-se que o trabalho teve início com a copiagem de arquivos dos dois computadores que havia no setor administrativo da empresa. A copiagem foi acompanhada pela Contribuinte que não fez qualquer ressalva sobre o banco de dados extraído.

Aliás, independentemente de qual pasta foi acessada, está armazenado no computador da empresa encontrando no endereço comercial da Impugnante e, as informações extraídas são de propriedade da empresa. Prova-se, assim, que os dados contidos nas planilhas utilizadas no Auto de Infração são da Autuada.

Da mesma forma, nos termos do art. 44 da Lei nº 6.763/75, a autorização judicial para apreensão de documentos somente é necessária quando esses não estiverem em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional, veja-se:

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.

Inexiste inviolabilidade constitucional no estabelecimento comercial no momento de sua fiscalização porque o estabelecimento comercial não encontra acobertado por qualquer tipo de inviolabilidade garantida pela constituição.

Pelo contrário. A descoberta de “anotações” no momento da fiscalização do estabelecimento comercial afasta a aplicação de 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, tal como determina o art. 195 do CTN, que respalda a apreensão para oportuna conferência com os dados da escrita fiscal do contribuinte.

Na legislação há vários artigos que sustentam o presente trabalho. O art. 16, inciso III da Lei nº 6.763/75 determina a exibição do contribuinte à Fiscalização de seus programas e arquivos com os registros eletrônicos:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

III - exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O § 1º do art. 42 c/c o art. 50, incisos I, II e III da Lei nº 6.763/75 estabelece a apreensão (neste caso, a copiagem) dos itens citados acima quando constituam prova ou indício de prova 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 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.

O RICMS/02 prescreve também que todos os documentos, programas e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, serão exibidos à Fiscalização conforme art. 190 e, que não tem aplicação qualquer disposição legal excludente de exibição ou limitativa do direito de examiná-los, conforme art. 193:

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.

Além do mais, ao se constatar o ilícito tributário, a Fiscalização tem a obrigação funcional de constituir o crédito tributário, em face do caráter vinculado da atividade administrativa como impõe a norma inserta no parágrafo único do art. 142 do CTN, *in verbis*:

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito

passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A Fiscalização agiu dentro dos trâmites legais e as provas foram obtidas por meio lícito. Portanto, não há que se falar em ilicitude de provas ou em cancelamento do lançamento. Tal situação já está pacificada na jurisprudência administrativa, conforme Acórdãos n°s 18.411/09/2º, 18.454/09/2º, 19.235/11/2º e 19.236/11/2º.

2) Indevida a presunção de saída de mercadorias desacobertas de notas fiscais

A Impugnante equivocou-se ao dizer que não há prova material nos autos, tendo em vista que foi utilizada planilha (fls. 14/16) que, como explicado acima, estava em seu computador.

Na planilha de fls. 14/17 consta “Faturamento Plasmold” com os valores do faturamento referente ao período de Julho de 2007 a Julho de 2008 (o período de 2007 está autuado no PTA 01.000184163-39).

Planilha Custos Outubro 2009 (fls. 16) – Cabeçalho RELATÓRIO DA APURAÇÃO DE RESULTADO DOS CUSTOS GERAIS E OPERACIONAIS E MARGEM DE LUCRO (fls. 18 até 27) – meses fevereiro, abril, setembro e outubro de 2009 e fevereiro de 2010 => Planilha bem detalhada com o faturamento do mês a partir do faturamento de cada produto vendido, onde tem-se as colunas PREÇO VENDA, VOL PROD FATURADO E FAT R\$;

Planilha Fechamento Dezembro (fls. 15) – Cabeçalho SÍNTESE DO BALANÇO PLASMOLD (fls. 28/38) – meses abril de 2011 a fevereiro de 2012 => Planilha como as contas do Balanço Patrimonial, receita e despesa da empresa.

Essas planilhas demonstram claramente o faturamento da empresa nos meses nela mencionados, tendo em vista possuir nomes e cabeçalhos bem específicos, não deixando margem para qualquer dúvida.

Pode-se ver que não há qualquer hipótese de haver alguma contestação sobre esses dados. Tanto é verdade, que a Impugnante não o faz. As tabelas com colunas denominadas “Receitas Emitidas” mencionadas na defesa, referem-se a outros períodos autuados no AI acima citado, não havendo nenhuma relação com o presente auto.

Ao comparar os valores reais encontrados pela Fiscalização com os valores informados na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), resta comprovado a saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal, assim como a omissão de receita do Contribuinte, o que constitui crime contra a ordem tributária conforme disposto nos incisos I, II e V do art. 1º da Lei Federal nº 8.137/90.

O trabalho fiscal tem respaldo no art. 136 do RPTA:

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacoberta de documento

fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

3) Aplicação de multa de natureza confiscatória

Não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6763/75 e o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...)

Acrescente-se que a Constituição Federal vigente (art. 150, IV) proíbe a cobrança de tributo com características de confisco e não de penalidade.

4) Multa isolada, aplicação da redução prevista na alínea “a”, inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75

A Impugnante requer a redução da multa isolada prevista na alínea “a”, inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Porém, aplica-se essa norma legal quando a infração for apurada com base, exclusivamente, em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte. Não é o caso, uma vez que as planilhas utilizadas não estão na escrita comercial ou fiscal da Impugnante.

Assim sendo, não há que se falar em redução da multa isolada.

5) Exclusão do Simples Nacional

Considerando que as saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais ensejam a exclusão do Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional - nos termos do art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 e art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 94/11, foi lavrado e intimado do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”(fls. 51).

Após todas as provas acima, correto o Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Não se pode confundir autuação única com prática reiterada. A prática reiterada está clara quando a empresa pratica determinada ação várias vezes, neste caso vários meses.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo assim, o § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 c/c o inciso V deste mesmo artigo c/c o inciso I do art. 26 desta mesma lei determina a exclusão no mês da infração:

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;

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;

(...)

§ 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.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rogério Andrade Miranda e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 08 de maio de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente/Revisora**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

EJ/CI

21.196/13/1ª

Publicado no Diário Oficial em 19/6/2013 - Cópia WEB

8