

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.222/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000174472-06
Impugnação: 40.010132499-67
Impugnante: Basal Comércio e Transportes Ltda - ME
IE: 702799515.00-33
Proc. S. Passivo: Adão Henrique Félix
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos no estabelecimento comercial da Autuada, com os valores declarados ao Fisco no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, apurado após a composição da conta gráfica, Multa de Revalidação, art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, c/c o §2º, ambos da Lei nº 6.763/75. Em relação às mercadorias sujeitas à ST exigiu-se apenas a mencionada multa isolada. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Infração caracterizada. Entretanto, deve-se utilizar como base de cálculo do imposto exigido o valor das saídas desacobertadas em relação ao período em que a Autuada esteve enquadrada no Simples Minas, sem o abatimento do imposto recolhido em tal regime.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Restando comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal 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. 16, inciso VI, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94/11, correto se apresenta o Termo de Exclusão do Simples Nacional lavrado pela Fiscalização.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/03/07 a 31/12/10, tendo em vista a constatação de saída de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais.

Pertinente ressaltar que nestes autos está formalizada a exigência relativa a exclusão da Impugnante do Simples Nacional, além das exigências referentes às

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme se depreende da planilha de fls. 22/25.

Exigências de ICMS, apurado após a composição da conta gráfica, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c o §2º, todos da Lei nº 6.763/75.

A irregularidade foi apurada mediante confronto detalhado entre livros, documentos, arquivos eletrônicos emitidos e entregues pelo Contribuinte e documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada em 13/04/11.

Considerando que as saídas de mercadorias desacobertas 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, a Fiscalização lavrou "Termo de Exclusão do Simples Nacional" e providenciou a respectiva intimação (fls. 1.012).

O processo encontra-se instruído com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 02); Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 004263 (fls. 04); Ordem de Serviço nº 08.110001513-07 (fls. 05); Auto de Deslacrção (fls. 06); Relação de documentos selecionados que foram apreendidos pelo AAD nº 004263 (fls. 07/08); Auto de Infração - AI (fls. 09/10); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 11/13); Relatório Fiscal (fls. 14/18); Consulta restrita ao cadastro de Minas Gerais (fls. 19/20); Anexo I: Planilhas ref. apuração das vendas realizadas em cotejo com a escrita fiscal (fls. 21/25); Anexo II: Planilhas ref. faturamento global por tipo de tributação (p/ cálculo da multa isolada) (fls. 26/30); Anexo III: Planilhas ref. cálculos da alíquota média do ICMS do produto: “kit churrasqueira” e documentos correlatos (fls. 31/38); Anexo IV: Planilhas ref. dados sobre tributação das principais mercadorias (fls. 39/40); Anexo V: Planilhas ref. dados das vendas realizadas através dos pedidos (fls. 41/347); Anexo VI: Fotocópias DAPI-SIMPLES e PGDAS (S. Nacional) - (fls. 348/448); Anexo VII: Fotocópias amostragens dos pedidos (fls. 449/1.011); Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 1.012); Documentos referentes à cobrança administrativa (fls. 1.013).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.016/1.038, requerendo:

- que sejam acolhidas as preliminares, extinguindo-se assim o processo sem julgamento de mérito ou;
- que seja julgada procedente a impugnação, com o conseqüente cancelamento integral das exigências;
- alternativamente seja aplicado permissivo legal para o cancelamento ou redução das multas aplicadas;
- que seja mantida no regime do Simples Nacional até o trânsito em julgado dos presentes autos, conforme prevê o art. 4º da Resolução CGSN nº 15/07;
- protesta por provar o alegado por todos os meios em direito permitidos, inclusive mediante realização de perícia e juntada de documentos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização, em manifestação de fls. 1.055/1.072, refuta as alegações da Defesa, pedindo pela procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG exara a diligência de fls. 1.076/1.077.

A Fiscalização reformula o crédito tributário conforme Termo de Rerratificação do Lançamento de fls. 1.079.

Na oportunidade, a Fiscalização corrige valores constantes nas planilhas do Anexo II, referentes à coluna “faturamento DASN”, uma vez que para os exercícios de 2008 a 2010 foram reproduzidos em tal coluna os mesmos valores referentes ao exercício de 2007, e conseqüentemente houve adequação do valor da multa isolada exigida.

A Autuada é intimada da reformulação do crédito tributário (fls. 1.083) e para apresentar os livros de Registros de Entradas e relação de documentos fiscais de entrada.

Em 22/04/13, a Autuada requereu a prorrogação do prazo para apresentação dos documentos supracitados, fls. 1.094/1.095, por mais 30 (trinta) dias.

Em 21/05/13, o prazo para cumprimento da intimação é prorrogado por mais 15 (quinze) dias mas a Autuada não se manifesta (fls. 1.099/1.100).

A Fiscalização manifesta-se às fls. 1.102/1.103, pedindo pela procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.108/1.122, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas. No mérito, pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 1.079, devendo, ainda, adotar como base de cálculo do imposto o valor das saídas desacobertadas para o período em que a Autuada esteve enquadrada no Simples Minas, sem o abatimento do imposto recolhido em tal regime. Opina, também, como correta a exclusão da Autuada do Simples Nacional.

DECISÃO

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

Das Preliminares

Alegação de nulidade por ilicitude das provas

Alega a Impugnante que as provas obtidas pela Fiscalização são ilegais, posto que a Autoridade Fiscal não dispunha de “mandado judicial” para realizar a busca e apreensão efetuada.

Todavia, razão não lhe assiste conforme se verá.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, vale dizer que a administração tributária, por força do art. 145, §1º, da Constituição Federal, tem poderes para identificar, na forma da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

De acordo com o art. 194 do Código Tributário Nacional (CTN), a apreensão de documentos e objetos de interesse fiscal deve ser entendida como tema disciplinado pelas legislações locais, porque, segundo o citado *Codex*, cabe à legislação tributária de cada ente tributante a missão de regular "a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação".

Nesse contexto, o art. 42, § 1º c/c o art. 50 da Lei nº 6.763/75 estabelece 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.

Nos termos do art. 44 da Lei nº 6.763/75, mencionado a seguir, a autorização judicial para busca e apreensão de documentos, bens, objetos, etc., somente é necessária quando estes não estiverem em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional, o que não é o caso dos presentes autos, pois os documentos extrafiscais foram regularmente apreendidos no estabelecimento comercial e em horário em que se encontrava aberto ao público.

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.** (Grifou-se)

É preciso deixar claro, pela importância, que o estabelecimento comercial não se encontra acobertado por qualquer tipo de inviolabilidade garantida constitucionalmente, antes 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 exibi-los, tal como delimita o art. 195 do CTN, cujo conteúdo sustenta a possibilidade de sua apreensão para oportuna conferência com os dados da escrita fiscal do contribuinte.

O que parece pretender a Defesa é afastar um dos atributos próprios da fiscalização tributária, qual seja o de exercer o poder de polícia que seria inerente à Fiscalização, como se o ato administrativo de apreensão não decorresse da garantia de obtenção e exame dos documentos em questão, estando contido o poder de retirar os documentos do estabelecimento, para os fins de análise comparativa das informações prestadas pelo contribuinte no lançamento do imposto por homologação, sendo de todo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prescindível qualquer ordem judicial para a apreensão dos papéis existentes no estabelecimento comercial e que se relacionavam com saídas de mercadorias.

Assim, há direito outorgado aos Agentes do Fisco de poder verificar, durante a fiscalização tributária, quaisquer documentos do contribuinte, que estejam relacionados com fatos geradores de obrigações tributárias, como no caso ora em análise.

Desse modo, ao contrário do alegado pela Impugnante, a Fiscalização pode apreender os documentos que embasaram a presente autuação, ainda que sem autorização judicial, pois são provas efetivas dos ilícitos fiscais narrados no Auto de Infração e, repita-se, encontravam-se no estabelecimento comercial autuado que não era utilizado como moradia.

Corroborando, ainda, o posicionamento acima a seguinte decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. **SOMENTE DEPENDEM DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL AS APREENSÕES DE DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADAS FORA DAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU QUANDO ESTE FOR UTILIZADO COMO MORADIA.** A VERIFICAÇÃO DE LIVROS, DOCUMENTOS E ARQUIVOS FISCAIS DECORRE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO, QUE TEM O DEVER DE FISCALIZAR OS CONTRIBUINTES, IMPOR O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES FISCAIS, CONTROLAR O RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS, COMBATER A SONEGAÇÃO E, ASSIM, RESGUARDAR A SUPREMÁCIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO, PORÉM NÃO PROVIDO. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.461405-8/002 - REL. DES. ALBERGARIA COSTA, 3ª CÂMARA CÍVEL, DJ 14/10/2008). GRIFOU-SE.

Traz-se à colação recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, analisando situação análoga, dando escoreito desfecho ao tema:

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 INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. REEXAME DO

CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. VIA ELEITA INADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

4. A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE TEM ORIENTAÇÃO NO SENTIDO DE QUE OS DOCUMENTOS E LIVROS QUE SE RELACIONAM COM A CONTABILIDADE DE EMPRESA NÃO ESTÃO PROTEGIDOS POR NENHUM TIPO DE SIGILO E SÃO, INCLUSIVE, DE APRESENTAÇÃO OBRIGATÓRIA POR OCASIÃO DAS ATIVIDADES FISCAIS.

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

Assim, a apreensão de documentos em estabelecimento comercial não constitui abuso dos Agentes Fiscais, como tangenciado pela Impugnante, tendo em vista que o direito de propriedade não é absoluto e a inviolabilidade do domicílio não se estende às empresas comerciais.

Conveniente mencionar que para formalizar a apreensão dos documentos extrafiscais foi lavrado o Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 004263, cópia acostada às fls. 04. Observe-se, conforme assinatura aposta no verso de tal documento, que ele fora recebido pelo preposto da empresa. Portanto, a apreensão dos documentos ocorreu com o consentimento da Impugnante.

Ademais, ressalte-se que o sócio administrador da empresa assinou o Auto de Deslacrção, bem como a relação dos documentos selecionados para análise (fls. 06/08), declarando ter acompanhado todos os respectivos procedimentos da Fiscalização.

Acrescente-se, por oportuno, que não teria o contribuinte meios legítimos para opor-se à fiscalização tributária, no momento em que ocorreu a apreensão, porque o direito do Fisco de analisar os papéis existentes seria inegável, oposição, que, frise-se, inexistiu nos presentes autos.

Vale frisar que não se vislumbra, assim, qualquer nulidade do lançamento ou ilicitude das provas, como tangenciado pela Defesa, 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 tributária vigente.

Relembre-se que por força de lei e da própria Constituição Federal, é garantido à Fiscalização o direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis, dentre outros, encontrados no estabelecimento de pessoa jurídica, independentemente de autorização judicial e que a apreensão de documentos decorre da auto-executoriedade dos atos da administração fazendária, e não de abuso de poder.

Pertinente informar que a apreensão dos referidos documentos extrafiscais não inviabilizou a continuidade do exercício da atividade da empresa autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destarte, não se vislumbra laivo de ilegalidade no fato de a Administração Tributária do Estado, por meio dos seus agentes, realizar a apreensão de documentos de interesse fiscal no estabelecimento comercial, que gerou o citado Auto de Apreensão e Depósito (AAD), para oportuna comparação com as anotações de saídas de mercadorias registradas nos documentos próprios, portanto, afasta-se a preliminar arguida.

Da alegação de cerceamento de defesa

Também não procede a alegação da Autuada de que houve cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado por meio de procedimento fiscal idôneo e previsto na legislação tributária, sendo composto de diversos anexos e planilhas que foram encaminhados ao Contribuinte e estão anexados aos autos, demonstrando detalhadamente as irregularidades praticadas pela Autuada e a origem das exigências fiscais.

A descrição das irregularidades cometidas consta claramente no campo "Relatório" do Auto de Infração, o mesmo acontecendo com os dispositivos legais relativos às infringências e penalidades, que constam do campo próprio da peça fiscal.

O presente lançamento atende a todas as formalidades e requisitos exigidos no art. 89 do RPTA, bem como ao disposto no art. 142 do CTN.

Nesse sentido, incabível a preliminar arguida, não se vislumbrando qualquer ilegalidade ou nulidade no lançamento fiscal.

Ressalte-se que a Fiscalização acostou aos autos, por amostragem, os documentos extrafiscais que serviram de base para a autuação em comento (fls. 449/1011).

Tal procedimento é autorizado pelo RPTA, no seu art. 137, sendo que todos os documentos extrafiscais encontram-se relacionados detalhadamente no Anexo V (fls. 41/347).

Ademais, poderia a Impugnante ter solicitado a exibição da totalidade dos documentos extrafiscais, caso entendesse necessário, conforme autorização constante nos seguintes dispositivos do RPTA, *in verbis*:

Art. 138. Poderá ser pedida a entrega ou exibição de documento ou de coisa que se ache em poder da parte contrária, devendo o pedido conter:

I - a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;

II - a finalidade da prova, com a indicação dos fatos que se relacionam com o documento ou a coisa;

III - as circunstâncias em que o requerente se baseia para afirmar que o documento ou coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

Art. 139. A entrega ou exibição do documento ou coisa não poderá ser negada:

I - se houver obrigação de entregá-los ou exibi-los, prevista na legislação aplicável;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - se aquele que o tiver em seu poder a eles houver feito referência com o propósito de constituir prova.

Parágrafo único. A recusa de exibição de documento ou coisa faz prova contra quem a deu causa.

Não há também qualquer ofensa ao Código de Defesa do Contribuinte (Lei nº 13.515/00), pois o feito fiscal encontra respaldo na legislação vigente e não se pauta em mera presunção, como quer fazer crer a Impugnante, mas em provas concretas dos ilícitos fiscais praticados pela empresa, o que será demonstrado na análise de mérito da presente lide.

As alegações da Defesa quanto à apuração da alíquota média utilizada para cálculo do imposto referente ao “kit churrasqueira” serão abordadas no mérito do lançamento.

Diante do exposto, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Decorre o presente lançamento do recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/03/07 a 31/12/10, em decorrência da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, bem como da exclusão do estabelecimento do Simples Nacional.

Pertinente ressaltar que nestes autos está formalizada a exigência relativa a exclusão da Impugnante do Simples Nacional, além das exigências referem-se as operações de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme se depreende da planilha de fls. 22/25.

Exigências de ICMS, apurado após a composição da conta gráfica, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c §2º, todos da Lei nº 6.763/75.

As saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal foram apuradas mediante confronto detalhado entre as informações repassadas/apresentadas pela Autuada ao Fisco (livros fiscais, Declarações de Apuração e Informação do ICMS (DAPIs) e dos extratos do PGDAS (Simples Nacional) com os documentos extrafiscais (denominados pedidos de vendas/orçamentos) devidamente apreendidos no estabelecimento comercial do Contribuinte (AAD nº 004263 – fls. 04).

Vale dizer que o procedimento de análise da escrita fiscal, dos documentos fiscais e subsidiários é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso I do RICMS/02.

Constata-se que a Impugnante requer a produção de prova pericial sem, no entanto, formular os quesitos.

Ressalte-se que conforme determinação contida no art. 142, §1º, I do RPTA não será analisado pedido de prova pericial desacompanhado dos quesitos. Todavia, vale mencionar que tal pleito mostra-se totalmente desnecessário, porquanto os autos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

trazem elementos suficientes de modo a possibilitar ao julgador aplicar, ao caso concreto, o tratamento legal atinente à matéria.

Foram utilizados para comparação com as declarações da Autuada ao Fisco os controles extrafiscais denominados de “orçamentos”. As cópias de tais controles extrafiscais encontram-se anexadas aos autos, por amostragem, às fls. 450/1.011.

Compulsando tais controles extrafiscais juntados aos autos, é possível verificar as seguintes informações neles constantes, exemplificativamente:

- na quase totalidade dos documentos anexados aos autos, por amostragem, consta a aposição de carimbo constando a expressão “PAGO”;

- observação quanto à garantia da mercadoria (fls. 452, 670, etc.);

- informações sobre o pagamento - Dep. B.B., Dep. CEF, PG. Banco, Depósito Bradesco, Boletão Banco do Brasil, etc. (fls. 480, 481, 496, 537, 585, 603, 607, 664, 734, 744, 768, 769, 822, 826, 848, 852, 877, 887, 902, 930, 964, 966, 993, 999, etc.);

- comprovante do pagamento por meio de cartão de crédito/débito (fls. 486, 513, 518, 521, 540, 645, 661, 671, 675, 678, 688, 717, 724, 723, 755, 771, 778, 780, 837, 839, 879, 882, 896, 897, 898, 899, 908, 924, 934, 940, 955, 984, etc.);

- informação sobre desconto concedido (fls. 490);

- informação de tratar-se de complemento de pedido (fls. 493), etc.

Assim posto, pode-se afirmar que os documentos extrafiscais apreendidos referem-se a controles efetivos de saídas de mercadorias promovidas pela Autuada.

Desse modo, os documentos extrafiscais apreendidos pela Fiscalização refletem a realidade dos fatos, em função de sua riqueza de detalhes, sendo considerados como provas irrefutáveis do ilícito fiscal. Não há dúvidas de que essas operações, por sua natureza, constituem-se fatos geradores de ICMS.

Por outro lado, a Impugnante para contrariar as provas das infrações, questiona a efetiva concretização das vendas discriminadas em tais controles, sem contudo apresentar qualquer evidência que as operações discriminadas nos documentos extrafiscais não se efetivaram.

As saídas desacobertadas de documentação fiscal e o cálculo do imposto devido, referente ao período autuado, encontram-se demonstrados nos seguintes Anexos:

- Anexo I: Planilhas ref. apuração das vendas realizadas (fls. 21/25);

- Anexo II: Planilhas ref. faturamento global por tipo de tributação (p/ cálculo da multa isolada) (fls. 26/30);

- Anexo III: Planilhas ref. cálculos da alíquota média do ICMS do produto: “kit churrasqueira” e documentos correlatos (fls. 31/38);

- Anexo IV: Planilhas ref. dados sobre tributação das principais mercadorias (fls. 39/40);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo V: Planilhas ref. dados das vendas realizadas através dos pedidos (fls. 41/347).

Ressalte-se que a Fiscalização cuidou de apurar a alíquota referente a cada mercadoria vendida pela Autuada (Anexo IV – fls. 39/40).

Vale mencionar que a Fiscalização separou as mercadorias tributadas pelas alíquotas de 7% (sete por cento), 12% (doze por cento), 18% (dezoito por cento) e também aquelas sujeitas à substituição tributária (Anexo V).

Em relação às mercadorias sujeitas à ST exigiu-se apenas a mencionada Multa Isolada, no percentual mínimo de 15% (quinze por cento), conforme art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c o disposto no §2º do mencionado artigo.

Para as demais mercadorias foram exigidos o ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto no §2º do mencionado dispositivo.

Verifica-se que para os produtos denominados como “kit churrasqueira”, a Fiscalização apurou a média das alíquotas do ICMS referentes aos produtos tributados pelo ICMS que compõem o mencionado kit. Dessa forma, a mão de obra referente à montagem do “kit churrasqueira” foi lançada com a alíquota “zero” (0,00) para apuração do cálculo da alíquota média (vide Anexo III – fls. 31/33), por se tratar de prestação de serviço tributada pelo ISSQN.

Assim, não prospera o argumento da Impugnante quando alega que a Fiscalização não levou em consideração que a mão de obra referente à montagem do “kit churrasqueira” é tributada pelo ISSQN.

Observa-se da análise do Anexo I (Planilhas ref. apuração das vendas realizadas em cotejo com a escrita fiscal - fls. 21/25) que a Fiscalização de posse dos valores das vendas constantes nos demonstrativos transmitidos pela Autuada ao Fisco e comparação com os valores das vendas constantes nos documentos extrafiscais apurou saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Depreende-se do cotejo dos dados constantes do Anexo I (fls. 22/25) e do Anexo V (fls. 41/347) que a Fiscalização apurou o imposto, ora exigido, pelo regime normal de tributação em relação à totalidade dos documentos extrafiscais apreendidos, a partir de março de 2007, com abatimento do ICMS pago nos regimes simplificados (Simples Minas e Simples Nacional).

Constata-se, pois, que as operações realizadas com acobertamento fiscal encontram-se inseridas na apuração do imposto exigido nos presentes autos.

Entretanto, em atendimento à diligência determinada pela Assessoria do CC/MG (fls. 1.076/1.077), a Fiscalização informou às fls. 1.081 que não desenquadrou a Autuada do regime do Simples Minas (período de março a junho de 2007).

Dessa forma, deve ser adotada como base de cálculo do imposto o valor apurado como “saídas de mercadorias desacobertas” constante no Anexo I ao Auto de Infração em relação ao período de março a junho de 2007 (período de enquadramento no Simples Minas), sem o abatimento do imposto recolhido por tal sistemática.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação ao período subsequente não há reparos a fazer no lançamento em análise, uma vez que para tal período está formalizada a exigência relativa a exclusão da Impugnante do Simples Nacional, além das exigências referentes às operações de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme se depreende da planilha de fls. 22/25.

As legislações do Simples Minas e do Simples Nacional estabelecem os requisitos necessários para que o contribuinte seja contemplado pelo tratamento beneficiado e favorecido concedido por tais regimes.

A regra contida no art. 34, inciso VIII do Anexo X do RICMS/02 (Efeitos de 1º/01/05 a 30/06/07), bem como o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 é clara ao estabelecer a exclusão deste tratamento diferenciado das operações que ocorrerem sem a devida emissão de documentos fiscais.

Sendo assim, em observância aos mencionados dispositivos legais, o imposto devido pelas operações que ocorrerem desacobertadas de documentos fiscais deve ser calculado nos moldes da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não abrangidas pelos tratamentos beneficiados de que tratam as legislações retromencionadas.

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

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da mesma forma previa a legislação referente ao Simples Minas (Anexo X do RICMS/02 vigente até junho/07):

Das Situações Não Alcançadas pelo Simples Minas

Art. 34 - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não se aplica a:

(...)

VII - operação ou prestação de serviço não registrada tempestivamente no SAPI e apurada pelo Fisco; (grifou-se)

Ressalte-se que se aproveitar do tratamento beneficiado do Simples Nacional, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, caracteriza infração ao disposto no art. 13, retrotranscrito, e também ao § 2º do art. 9º da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 30, de 07 de fevereiro de 2008 (vigente à época da ocorrência dos fatos), *in verbis*:

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

§ 1º - A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federativo não desobrigará: (Renumerado pela Resolução CGSN n.º 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 n.º 10, de 28 de junho de 2007.

§ 2º Não serão observadas as disposições da Resolução CGSN n.º 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 n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

(Redação dada pela Resolução CGSN n.º 50, de 22 de dezembro de 2008)

Dessa forma, ao comprovar a saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, a Fiscalização corretamente providenciou a exclusão de ofício da Impugnante do regime diferenciado do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e art. 26, inciso I da Lei Complementar n.º 123/06 e art. 76, incisos IV, alíneas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"d" e "j" e art. 76, § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11 (vigente à época da exclusão).

Veja-se a legislação mencionada:

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;

§ 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, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

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, como no caso dos presentes autos.

No caso, a Impugnante foi intimada do Termo de Exclusão (fls. 1.012), e do Auto de Infração (fls. 09/10) 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.

Registre-se que 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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XIII DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

No tocante aos créditos do imposto passíveis de creditamento em face das exigências relativas ao desenquadramento da Impugnante do Simples Nacional, vale mencionar que em razão da diligência exarada pela Assessoria do CC/MG a Autuada foi intimada a juntar aos autos cópia do livro de Registro de Entradas, bem como relação contendo, para cada mês autuado, os créditos passíveis de aproveitamento, entretanto mesmo após prorrogação do prazo para a apresentação de tal documentação a Impugnante ficou-se inerte.

Assim, não há como abater os créditos porventura existentes no cálculo do imposto ora exigido, ficando ressalvado à Autuada o creditamento extemporâneo nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 67 e arts. 68 e 69 da Parte Geral do RICMS/02.

Portanto, o feito fiscal afigura-se correto, sendo legítima a exigência do crédito tributário em comento, constituído de ICMS relativo às operações, além da Multa de Revalidação e da Multa Isolada, previstas nos arts. 55, inciso II, e 56, inciso II c/c o §2º, da Lei nº 6.763/75, respectivamente, observada à adequação supracitada.

Correta, também, a exclusão da Autuada do Simples Nacional.

Ressalte-se, por fim, que as multas de revalidação e isolada exigidas são disciplinadas pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo e encontra-se regularmente capitulada no Auto de Infração.

Quanto ao pleito da Impugnante para que a multa aplicada seja reduzida ao percentual de 20% (vinte por cento) do valor das operações, conforme art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75, vale destacar que tal redução na penalidade é aplicável quando a autuação se basear exclusivamente em documento e nos lançamentos efetuados na escrita fiscal ou comercial do contribuinte, entretanto, este não é o caso deste feito fiscal.

Por fim, cumpre destacar que a Impugnante postula a redução (ou cancelamento) da multa isolada, nos termos do disposto no §3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75.

Entretanto, em relação à parcela da multa isolada, referente a mercadorias sujeitas à tributação pelo regime normal de recolhimento, não há como aplicar tal benesse, porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto, conforme expressa vedação legal em seguida destacada:

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo. (Grifou-se)

No tocante à parcela da penalidade isolada referente às mercadorias sujeitas ao recolhimento antecipado, também não há como aplicar tal benesse uma vez que a Autuada é reincidente (PTA nº 04.002149595-31 – quitado em 07/08/09).

Registra-se por derradeiro, não ser passível o acionamento do disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional, uma vez não constatada nenhuma dúvida quanto às circunstâncias materiais ou capitulação legal dos fatos narrados, quanto à autoria, imputabilidade, punibilidade, natureza ou graduação das penalidades exigidas.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em julgar procedente a exclusão do Simples Nacional, vencidos os Conselheiros Alexandre Pimenta da Rocha (revisor) e Sauro Henrique de Almeida, que a julgavam improcedente em razão da inobservância do procedimento estabelecido na Resolução nº 15/07 do Comitê Gestor do Simples Nacional. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as preliminares arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 1.079, devendo, ainda, adotar como base de cálculo do imposto o valor das saídas desacobertas para o período em que a Autuada esteve enquadrada no Simples Minas, sem o abatimento do imposto recolhido em tal regime, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que o julgava parcialmente procedente para manter, a partir de julho de 2007, apenas as exigências sobre o valor da saída de mercadorias desacobertas relacionadas no Anexo I de fls. 22/25. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Fabrícia Lage Fazito Rezende Antunes. Participaram do julgamento, além do signatário, e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Alexandre Pimenta da Rocha (Revisor) e Maria Vanessa Soares Nunes.

Sala das Sessões, 04 de setembro de 2013.

Fernando Luiz Saldanha
Presidente / Relator

T

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.222/13/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000174472-06	
Impugnação:	40.010132499-67	
Impugnante:	Basal Comércio e Transportes Ltda - ME	
	IE: 702799515.00-33	
Proc. S. Passivo:	Adão Henrique Félix	
Origem:	DF/Uberlândia	

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/03/07 a 31/12/10, tendo em vista a constatação de saída de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais.

A irregularidade foi apurada mediante confronto detalhado entre livros, documentos, arquivos eletrônicos emitidos e entregues pelo Contribuinte e documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada em 13/04/11.

Importante destacar, que no período de março a junho de 2007, a empresa estava enquadrada no regime de Recolhimento Simples Minas, disposto no Anexo X do RICMS/02, revogado a partir de 01/07/07 pelo Decreto nº 44.562/07.

Destarte, nos termos dos arts. 9º a 11 do Anexo X, a apuração do imposto devido, daquela época, era de forma presumida, ou seja, de acordo com as notas fiscais de entrada de mercadorias, *in verbis*:

DAS DISPOSIÇÕES ESPECÍFICAS À MICROEMPRESA E À EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Seção I

Da Apuração do Imposto

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - Da apuração prevista neste artigo serão excluídos os valores correspondentes à:

I - entrada de mercadoria recebida em devolução;

II - entrada de mercadoria com isenção, não-incidência, suspensão ou sujeita ao regime de substituição tributária;

III - parcela reduzida da base de cálculo do ICMS;

IV - entrada de mercadoria em retorno ao estabelecimento;"

V - entrada de mercadoria remetida por contribuinte enquadrado no Simples Minas.

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

§ 3º - Para os efeitos do abatimento a que se refere o § 2º, não será considerado, ainda que destacado em documento fiscal, o valor correspondente à vantagem econômica decorrente de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

§ 4º - Não haverá valor remanescente a ser recolhido na forma deste artigo:

I - quando a carga tributária relativa à venda a consumidor final for igual ou inferior à alíquota interestadual; ou

II - na hipótese de redução de carga tributária relativa à entrada em decorrência de lei estadual.

§ 5º - Tratando-se de entrada de mercadoria ou bem de serviço cujo remetente ou prestador seja microempresa ou empresa de pequeno porte localizada em outra unidade da Federação, será considerado como crédito o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre o valor da mercadoria ou serviço.

§ 6º - Na hipótese em que ocorrer devolução de mercadoria, o valor do imposto pago na forma deste artigo será lançado no SAPI como estorno de débito.

§ 7º - Do valor apurado nos termos deste artigo poderá ser deduzido, como estorno de débito, o montante do imposto recolhido na forma prevista no art. 422 da Parte 1 do Anexo IX deste Regulamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco aponta no Anexo VI, que a Impugnante no período de março a junho de 2007, tinha a apuração do imposto de forma presumida, ou seja, pelas suas entradas, opção feita nos termos dos arts. 9 e 10 do Anexo X do RIMCS/02, conforme cópia dos SAPI- Simples do período, anexo aos autos de fls. 348/365.

Com isto, independente de emissão de notas fiscais de saída, o imposto seria pago pelas notas fiscais de entrada, devidamente lançadas nos livros fiscais, e confirmada pelo Fisco para o período.

Diante do exposto, como efetivamente demonstrado pelo Fisco, a empresa estava enquadrada neste período no Simples Minas, e seu recolhimento foi feito de forma presumida, pelas entradas, e que independente de emitir notas fiscais de saída, o imposto foi integralmente pago pela forma de opção feita pela Impugnante, portanto, não se verifica como exigir o imposto neste período por saída desacobertada mediante apuração de documentos extrafiscais.

Isto posto, excluo as exigências fiscais relativas ao período de março a junho de 2007, mantendo dos demais períodos.

Sala das Sessões, 04 de setembro de 2013.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**