

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.720/15/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000216268-29
Impugnação: 40.010137220-18, 40.010137774-75 (Coob.)
Impugnante: Casa de Móveis Lafaiete Ltda - ME
IE: 001062623.00-39
Valéria Carneiro da Silva Paiva (Coob.)
CPF: 548.487.256-15
Proc. S. Passivo: Mário de Lima Rodrigues Jr/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75. Comprovado nos autos não a mera ausência de recolhimento de ICMS devido pela pessoa jurídica, mas sim a prática de atos pelo administrador que repercutiram no descumprimento da obrigação tributária. Legítima a inclusão no polo passivo da obrigação tributária da sócia administradora da Autuada

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto dos documentos extrafiscais (pedidos), regularmente apreendidos nas dependências do estabelecimento da empresa, com as notas fiscais emitidas no mesmo período, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências correspondentes aos pedidos constantes às fls. 1.171/1.364 e 1.414/1.416, para os quais houve a comprovação de emissão de notas fiscais série ‘D’ ou foram cancelados.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – MERCADORIA - DESACOBERTADA. Restando comprovado nos autos que a Autuada 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 e §§ 1º, 3º e 6º da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11, correto o Termo de Exclusão do Simples Nacional lavrado pela Fiscalização.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS, no período compreendido entre de março de 2010 e junho de 2013, em face da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apurada por meio do confronto entre os documentos extrafiscais (pedidos), regularmente apreendidos nas dependências do estabelecimento autuado pelo Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 004570 (fls. 17), com as notas fiscais emitidas pela Autuada, no mesmo período.

Exigiu-se o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e da Multa Isolada capitulada 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 e §§ 1º, 3º e 6º da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11, a Fiscalização intimou a Autuada, dando-lhe ciência do início do processo de exclusão de ofício, mediante Termo de Exclusão do Simples Nacional, fls. 75.

Foi eleita para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, a Srª. Valéria Carneiro da Silva Paiva (sócia administradora da empresa autuada), como Coobrigada.

Da Impugnação

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.014/1.047, acompanhada dos documentos de fls. 1.053/1.416.

Requerem, ao final, a nulidade do lançamento, por entenderem que o embasamento probatório é inválido, pois se trata de prova ilícita obtida de forma arbitrária e 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 e a inclusão da sócia administradora no polo passivo da obrigação tributária.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 1.419/1.436, refuta as alegações das Impugnantes e requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

A Defesa da empresa autuada requer que seja declarado nulo o Auto de Infração sob o argumento de que a apreensão dos documentos, que embasaram o lançamento, se deu de forma irregular e arbitrária por parte da Fiscalização e que não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

foi exibido a correspondente ordem de serviço prevista no art. 4º do Código de Defesa do Contribuinte, aprovado pela Lei nº 13.525/00.

Afirma, ainda, que o acesso ao local onde foram apreendidos os controles extrafiscais (pedidos e orçamentos), por se constituir de “*um pequeno local separado do ambiente comercial de acesso ao público, no qual atende reservadamente representantes comerciais, fornecedores, e armazena varias espécies de documentos*”, e por não serem os referidos documentos de exibição obrigatória, somente poderia se dar com autorização judicial, fato que não se evidenciou.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Primeiramente, o argumento de que a Fiscalização não exibiu a ordem de serviço não se sustenta porque a atuação dos Auditores da Fazenda Pública decorre das prerrogativas do cargo. E, no caso dos autos, em decorrência da Ordem de Serviço específica de nº 08.130.002857-80, expedida pela autoridade competente, para a realização de diligências e análises documentais necessárias para apurar indícios de irregularidades.

Ademais, registra-se que o próprio dispositivo (art. 4º da Lei nº 13.525/00), invocado pela Defesa, excetua no inciso IV que a apresentação da ordem de serviço nas ações fiscais em que forem constatadas, pelo Fisco, flagrantes irregularidades, como é o caso dos autos, em que se deparou com diversos documentos de controles paralelos, fica dispensada. Confira-se:

Art. 4º - São direitos do contribuinte:

(...)

VI - a apresentação da ordem de serviço nas ações fiscais, que será dispensada nos casos de controle do trânsito de mercadorias, flagrantes de irregularidades constatadas pelo Fisco e nas consequentes ações fiscais continuadas nos estabelecimentos. (Grifou-se).

Já no caso da apreensão dos controles paralelos realizada pela Fiscalização, ela se deu dentro da legalidade, e conforme se extrai do Auto de Apreensão e Depósito nº 004570 de fls. 17 e Auto de Deslacrção (fls. 25/27), toda a ação fiscal foi acompanhada por representantes legais da empresa; quais sejam: Sr^a. Valéria Carneiro da Silva Paiva, sócia administradora, e Sr. Ronaldo Electro Paiva Silvestre, procurador da empresa, respectivamente.

Ressalta-se que não houve coação, abuso de autoridade e nem vedação à entrada da Fiscalização ao estabelecimento, conforme mencionado na manifestação fiscal.

O procedimento fiscal encontra respaldo na legislação tributária, em especial no próprio art. 195 do CTN, citado pela Impugnante, e nos arts. 49 e 50 da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Lei nº 6.763/75

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

§ 1º - Para os efeitos da fiscalização do imposto, é considerada como subsidiária a legislação tributária federal.

§ 2º - Aplicam-se subsidiariamente aos contribuintes do ICMS as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais.

§ 3º - Para os efeitos da legislação tributária, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº 13.515, de 7 de abril de 2000, não tem aplicação qualquer disposição legal excludente ou limitativa:

I - do direito de examinar mercadoria, livro, arquivo, documento, papel, meio eletrônico, com efeitos comerciais ou fiscais, dos contribuintes do imposto, ou da obrigação destes de exibí-los;

II - do acesso do funcionário fiscal a local onde deva ser exercida a fiscalização do imposto, condicionada à apresentação de identidade funcional, sem qualquer outra formalidade.

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.

(grifou-se)

Portanto, contrariamente ao alegado pelas Autuadas, todos os documentos pertinentes à escrita comercial ou fiscal ou que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição obrigatória à Fiscalização.

Por outro, contrário ao argumento da Defesa de que os documentos extrafiscais, que respaldam o lançamento, são provas obtidas por meio ilícito e abusivo, pois não possuem amparo legal, sendo, portanto, inadmissíveis no processo, nos termos do art. 5º, inciso LVI do texto constitucional, tem-se que, de acordo com o art. 42, § 1º da Lei nº 6.763/75, c/c art. 201 do RICMS/02, os livros e documentos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte podem ser apreendidos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pela Fiscalização 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.

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.

Acrescenta-se que, nos termos do art. 44 da Lei nº 6.763/75, a autorização judicial para apreensão de documentos somente é necessária quando eles não estiverem em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional, senão 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.

Assim, a Fiscalização tem o poder de apreender os referidos documentos, ainda que sem autorização judicial, pois são provas efetivas das infrações fiscais e se deram no escritório comercial dentro das dependências do estabelecimento.

Esse entendimento é corroborado pelo Des. Célio César Paduani, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.03.988644-5/002(1):

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. PROCEDIMENTOS LEGAIS. AUTO-EXECUTORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A APREENSÃO DE DOCUMENTOS EM PESSOA JURÍDICA COMERCIAL NÃO CONSTITUI ABUSO DOS AGENTES FISCAIS, TENDO EM VISTA QUE O DIREITO DE PROPRIEDADE NÃO É ABSOLUTO E A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO NÃO SE ESTENDE ÀS EMPRESAS COMERCIAIS. LOGO, ENQUANTO SUBSISTIREM RAZÕES PARA A MANUTENÇÃO DE DOCUMENTOS APREENDIDOS EM EMPRESA COMERCIAL, DESDE QUE NÃO INVIABILIZEM A CONTINUAÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DEVOLUÇÃO. DESNECESSÁRIA A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A APREENSÃO DE DOCUMENTOS DE CUNHO FISCAL E

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

OBRIGATÓRIOS, POR FORÇA DE LEI E DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO ART. 145, § 1º (JULGADO EM 03/08/04). (GRIFOU-SE)

Destaca-se, ainda, decisão da Quinta Turma do STJ, no julgamento do HC 242750/DF Habeas Corpus nº 2012/0100908-6:

DEVE FICAR RESSALTADO QUE, MESMO SE O ACESSO AOS DOCUMENTOS TIVESSE SIDO VEDADO PELO PACIENTE, A AÇÃO DOS FISCAIS ESTARIA LEGITIMADA PELO DISPOSTO NO ART. 195 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, SEM QUE ISSO CONSTITUÍSSE QUALQUER TIPO DE VIOLAÇÃO A DIREITOS CONSTITUCIONAIS.

COMO SE SABE, O REFERIDO DISPOSITIVO AFIRMA QUE "PARA OS EFEITOS DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, NÃO TÊM APLICAÇÃO QUAISQUER DISPOSIÇÕES LEGAIS EXCLUDENTES OU LIMITATIVAS DO DIREITO DE EXAMINAR MERCADORIAS, LIVROS, ARQUIVOS, DOCUMENTOS, PAPÉIS E EFEITOS COMERCIAIS OU FISCAIS, DOS COMERCIANTES INDUSTRIAIS OU PRODUTORES, OU DA OBRIGAÇÃO DESTES DE EXIBI-LOS".

CONJUGADO COM O ART. 78 DO MESMO CÓDIGO, RESTA INSUPERÁVEL QUE A LEI ATRIBUI AO FISCAL FAZENDÁRIO AMPLA MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE PARA DECIDIR QUAIS OS MEIOS NECESSÁRIOS PARA MELHOR EXERCER O SEU PODER DE POLÍCIA. DIANTE DE EMBAÇOS POR PARTE DO FISCALIZADO, É-LHE FACULTADO, INCLUSIVE, CHAMAR REFORÇO POLICIAL PARA O BOM CUMPRIMENTO DE SEU OFÍCIO (ART. 200 DO CTN).

Também tem sido esse o entendimento deste Conselho de Contribuintes, conforme se depreende, por exemplo, da decisão proferida no Acórdão nº 19.677/12/2ª:

ACÓRDÃO Nº 19.677/12/2ª

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. CONSTATADO, MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS INFORMAÇÕES CONSTANTES DE DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS APREENDIDOS NO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA COM AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS 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. 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. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

OS RENDIMENTOS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS DO CONTRIBUINTE.

DESTARTE, A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA É FUNÇÃO QUE POSSUI STATUS CONSTITUCIONAL, TENDO, INCLUSIVE, PRECEDÊNCIA SOBRE OS DEMAIS SETORES ADMINISTRATIVOS (ART. 37, XVIII DA CF/88).

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".

NESTE 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, CONFIRA-SE:

(...)

É PRECISO DEIXAR CLARO, PELA IMPORTÂNCIA, QUE O ESTABELECIMENTO COMERCIAL NÃO ENCONTRA ACOBERTADO POR QUALQUER TIPO DE INVIOABILIDADE 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 TRIBUTARIA, 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 PRESCINDÍVEL QUALQUER ORDEM JUDICIAL PARA A APREENSÃO DOS PAPÉIS EXISTENTES NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL E QUE SE RELACIONAVAM COM SAÍDAS DE MERCADORIAS. (GRIFOU-SE)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reafirma-se que, no caso dos autos, a documentação foi apreendida mediante a lavratura dos Autos de Apreensão e Depósito – AAD (fls. 17 e 23) e emissão de Autos de Deslacrção (fls. 25/27), lavrados na presença de representantes da Autuada.

Nesse interim, importante observar o que dispõe os arts. 69 e 71 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que estabelecem a finalidade do auto de apreensão e seus efeitos, com a seguinte redação:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

(...)

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

(...)

Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

Parágrafo único. O Auto conterá a descrição do objeto da apreensão e, em se tratando de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação.

Cumprido destacar que os atos de ofício praticados pela Fiscalização no sentido de iniciar a análise de livros e documentos fiscais, ou apreensão de documentos, carregam por eles mesmos a motivação administrativa, consubstanciada no poder-dever da Administração Pública de fiscalizar os procedimentos dos contribuintes.

Tratam-se dos atos de império que se caracterizam pelo poder de coerção da Administração Pública e, neste caso, sob os auspícios do parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Com ressalta Carvalho Filho (2008 – p. 38), dos poderes administrativos outorgados aos agentes do Poder Público emanam duas ordens de consequência: a irrenunciabilidade e a obrigatoriedade do seu exercício.

Dessa forma, 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 o caso dos autos.

Acrescenta-se, por oportuno, que o Contribuinte não teria meios legítimos para se opor à Fiscalização tributária, no momento em que ocorreu a apreensão, porque o direito do Fisco de analisar os papéis existentes é inegável, oposição, que, frisa-se, inexistiu nos presentes autos.

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.

Rejeita-se, pois, as arguições de nulidade do lançamento.

Da Preliminar de Pedido de Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial para a correta apuração de eventual crédito tributário sob alegação de que há divergência entre os valores considerados pelo Fisco no lançamento e os constantes de pedidos que menciona, e indica dois pedidos cancelados, mas deixou de formular quesitos sobre a matéria.

Assim, tendo em vista que não foram apresentados quesitos a serem respondidos, o pedido de perícia não será apreciado com fundamento art. 142, § 1º, inciso I do RPTA:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

Não obstante a previsão legal pela não apreciação do pedido de perícia, vale salientar que, na análise do mérito, ficará demonstrado que as questões suscitadas no pedido de perícia mostram-se irrelevantes para o deslinde da matéria, porque a alegada divergência nos valores dos pedidos não existe, ou porque no caso dos cancelados é questão a ser enfrentada pela Câmara de Julgamento.

Do Mérito

Como relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de março de 2010 a julho de 2013, constatada mediante o confronto entre documentos extrafiscais (pedidos), apreendidos em diligência no estabelecimento da Autuada em 31/07/13 e as notas fiscais série "D", emitidas no mesmo período.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II do citado diploma legal.

Conforme explicitado no Relatório Fiscal, fls. 65/74, a autuação teve origem em uma diligência realizada no estabelecimento da Autuada, quando se deparou com inúmeros documentos de controle interno emitidos (pedidos e orçamentos), que em razão do grande número foram regularmente apreendidos pelo Auto de Apreensão e Depósito nº 004570 (fls. 17), cujos volumes com o conteúdo da apreensão foram deslacrados na presença de representante da Autuada, conforme Autos de Deslacrção de fls. 25/27.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Anexo “A” traz a relação com o número, data e valor dos pedidos que foram autuados (fls. 77/117).

O Anexo “B”, fls. 119/130, contém a relação das notas fiscais, série “D”, emitidas no período, com as informações do número da nota, data de emissão, valor, destinatário e uma coluna informando o nº do pedido vinculado.

No Anexo “C” de fls. 132, está o demonstrativo do crédito tributário.

Às fls. 134/758, encontram-se todos os pedidos que foram autuados.

Já às fls. 760/990, estão as vias das notas fiscais, série “D”, emitidas no período autuado; enquanto às fls. 992/995, estão os blocos de orçamentos apreendidos.

A Impugnante insurge-se contra o lançamento sob a alegação de que os documentos extrafiscais utilizados pela Fiscalização para subsidiar o lançamento foram obtidos de forma irregular e da incorrência do fato gerador.

Segundo a Impugnante, nem todos os pedidos utilizados pela Fiscalização para a autuação correspondem a uma operação de circulação de mercadorias, porque eram utilizados pelos funcionários da empresa para “*elaboração de orçamentos para clientes, inclusive com indicação de forma de pagamento; controle de estoque dos produtos armazenados no depósito; elaboração de controles administrativos; levantamento de produtos faltantes a serem adquiridos dos fornecedores; e outras necessidades que surgissem no dia a dia*”.

No entanto, como bem destacou a Fiscalização, na manifestação fiscal, a análise de todos os pedidos anexos aos autos às fls. 134/758 deixa claro que eram utilizados para registrar vendas realizadas pela empresa, pois há, dentre outras, a identificação e assinatura do cliente, a confirmação da forma de pagamento, a descrição da instituição bancária no caso de pagamento em cheque, cópias de comprovantes de cartão de débito e crédito, consignação de pago e entregue.

No tocante à utilização dos pedidos para subsidiar o lançamento, cabe registrar que o procedimento efetuado 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 do RICMS/02:

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;

Dessa forma, a alegação das Impugnantes não pode prosperar porque os elementos inseridos nos pedidos atestam a realização de uma operação mercantil de vendas móveis, e o procedimento da Fiscalização de utilizá-los tem respaldo na legislação tributária.

Em outra afirmação, a Defesa das Autuadas reconhece que alguns pedidos apreendidos foram utilizados para registrar a venda de mercadorias, mas que para esses, ao contrário do que alega a Fiscalização, houve a correspondente emissão de

notas fiscais, série “D” e o recolhimento do tributo. Para tanto, apresenta junto com a impugnação o Anexo IV, composto de cópias de pedidos e de notas fiscais, série “D” (fls. 1.058/1.405).

A respeito desses documentos juntados, a Fiscalização, na manifestação fiscal, tece a seguinte consideração: “A Impugnante também junta aos autos os documentos de 1058 a 1405, alegando que os mesmos relacionam pedidos que resultaram em vendas e, portanto, na emissão de notas fiscais, que foram objeto de autuação pela autoridade fiscal. Analisando tal anexo percebe-se que o procedimento do Fisco foi correto, pois os pedidos que corresponderam às notas fiscais acostadas não foram considerados na autuação em referência. Fica claramente demonstrado que a gráfica confeccionou blocos de pedidos de vendas com mesma numeração”.

Ou seja, no entendimento da Fiscalização, todos esses pedidos trazidos pela Defesa da Autuada não têm correspondência com os que foram autuados.

No entanto, em uma análise mais cuidadosa dos ditos “pedidos”, verifica-se que em parte as Impugnantes têm razão porque os pedidos são os mesmos da autuação, e em outra, confirma-se a afirmação da Fiscalização, pois são documentos que não guardam nenhuma relação com os utilizados no lançamento.

Os pedidos que subsidiaram o lançamento tributário de fls. 134/758, na sua totalidade tem como endereço a “Av. Telésforo C. Rezende, 435 – Centro, Conselheiro Lafaiete / MG, telefone (31) 3721-1658”. Registra-se que esse endereço é o mesmo do estabelecimento autuado e de todas as notas fiscais série “D” apresentadas, inclusive as que foram trazidas na impugnação.

Por sua vez, as cópias dos pedidos trazidas pela Defesa da Autuada compõem-se de 03 (três) endereços. O primeiro conjunto, fls. 1.059/1.083, 1.087/1.144, 1.150/1.153 e 1.367/1.404, o endereço constantes neles é “Av. Av. Telésforo C. Rezende, **467** – Centro, Conselheiro Lafaiete / MG, telefone **(31) 3763-4346**”. Nesse bloco, o número do estabelecimento e o telefone são diferentes dos constantes nos pedidos da autuação.

O segundo conjunto, composto dos documentos de fls. 1.146/1.148 e 1.155/1.169, tem como endereço o mesmo da filial da empresa autuada no município de Ouro Branco/MG, qual seja: “Av. Mariza de Souza Mendes, 80^a, B. Siderurgia, Ouro Branco – MG”.

Para as duas situações anteriores, além dos documentos serem de estabelecimentos distintos, não há nenhuma identidade, como destinatários, produtos, valores e outros, com as informações constantes dos pedidos que embasaram a autuação. A título de exemplo, observe o Pedido nº 307. O adotado pela Fiscalização encontra-se às fls. 297 e a cópia trazida pela Impugnante está às fls. 1.394. Confrontando os dois, verifica-se que não há nenhuma correspondência.

Dessa forma, para esses pedidos trazidos pelas Impugnantes não há nenhuma razoabilidade no argumento de que houve a emissão de notas fiscais, porque são documentos distintos dos que foram autuados.

Por outro, há um terceiro conjunto de pedidos trazidos pela Defesa da Autuada que comprovam que houve a emissão de notas fiscais. Nesse caso, as cópias estão às fls. 1.171/1.364, e constata-se que há perfeita correspondência com os pedidos autuados. A título de exemplo, observe o Pedido nº 293. O adotado pela Fiscalização encontra-se às fls. 285 e a cópia trazida pelas Impugnantes está às fls. 1.204. Confrontando os dois verifica-se, sem maiores esforços, que se trata do mesmo documento, em que destinatário, mercadoria, valor, etc, são os mesmos.

Assim, para os pedidos de fls. 1.171/1.364 devem ser excluídas as exigências fiscais, porque, de fato, as Autuadas comprovam que houve a emissão de documentos fiscais.

Noutra toada, a Defesa da Autuada alega que há divergência entre os valores de pedidos adotados pela Fiscalização no lançamento e os constantes em cópias que traz nos Anexos V, VI e VII, (fls. 1.406/1.412). Nesse caso, as 03 (três) cópias de pedidos trazidas, a exemplo da abordagem anterior, não têm correspondência com os pedidos autuados, porque pertencem ao estabelecimento do endereço da “Av. Av. Telésforo C. Rezende, **467** – Centro, Conselheiro Lafaiete / MG, telefone **(31) 3763-4346**”.

Há um último conjunto de pedidos trazidos pelas Impugnantes constante nos Anexos VIII e IX, fls. 1.413/1.416. Trata-se de 02 (dois) pedidos e a reclamação é de que são documentos cancelados, mas que foram incluídos no crédito tributário.

De fato, analisando os dois pedidos, percebe-se que são os mesmos utilizados no lançamento tributário e, tanto na via trazida pela Fiscalização, quanto na da Impugnante, está consignada a expressão cancelada. Vide fls. 332 e 431 (vias do Fisco) e fls. 1.416 e 1.414, respectivamente (vias da Impugnante).

Nesse caso, como a Fiscalização não trouxe nenhuma prova de que efetivamente ocorreram as operações de vendas consignadas nos respectivos pedidos, e por estar mencionado a expressão “cancelado”, excluem-se as exigências fiscais correspondentes aos dois documentos de fls. 1.414/1.416.

Registre-se que há inúmeros pedidos autuados que a Impugnante não comprovou a regular emissão de nota fiscal. Assim, além dos casos tratados anteriormente em que os pedidos trazidos acompanhados de notas fiscais não guardam nenhuma correspondência com os autuados, corretas as exigências do ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A respeito das multas aplicadas, a Impugnante insurge-se contra a aplicação delas sob argumento de que os valores das penalidades aplicadas têm caráter confiscatório e excedem a capacidade econômica da Autuada. Invoca os princípios constitucionais do não confisco e da capacidade contributiva.

Como já mencionado anteriormente, as multas exigidas nos presentes autos são duas. Uma pelo não cumprimento da obrigação principal de recolher tributo (multa de revalidação) correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto inadimplido (art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75). A outra (multa isolada) tem por fato gerador o descumprimento de obrigação acessória de 40% (quarenta por cento) do valor global das saídas desacobertadas, com fulcro no art. 55, inciso II da citada lei.

A multa de revalidação tem caráter genuinamente sancionatório, punitivo, em face do contribuinte que deixa de pagar, a tempo e modo, o tributo devido, no caso, o ICMS, visando em tese coibir a inadimplência, e tem por escopo garantir a inteireza da ordem jurídica tributária. Nesse sentido é o entendimento de abalizada doutrina:

Não resta dúvida de que as sanções tributárias não podem ser insignificantes, de modo que percam seu aspecto repressivo ou preventivo de coibição de ilícito. (...)."(DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas ao livro Direito tributário brasileiro, de Aliomar Baleeiro. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 863).

As penalidades são postas para desencorajar o inadimplemento das obrigações tributárias" (CALMON, Sacha, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, 1999, p. 696).

Na lição de RICARDO LOBO TORRES (*in* Curso de Direito Financeiro e Tributário, 6ª ed., p. 277-278):

As penalidades pecuniárias e as multas fiscais não se confundem juridicamente com o tributo. A penalidade pecuniária, embora prestação compulsória, tem a finalidade de garantir a inteireza da ordem jurídica tributária contra a prática de ilícitos, sendo destituída de qualquer intenção de contribuir para as despesas do Estado. O tributo, ao contrário, é o ingresso que se define primordialmente como destinado a atender às despesas essenciais do Estado, cobrado com fundamento nos princípios da capacidade contributiva e do custo/benefício.

Lado outro, a multa isolada incide nos caso de o contribuinte deixar de cumprir obrigação acessória, consistente no dever de emitir documento fiscal idôneo a toda saída de mercadoria, por exemplo, como é o caso dos presentes autos, sendo certo que o seu descumprimento acarreta a imposição de sanção pecuniária.

Em suma, enquanto a multa de revalidação decorre do não pagamento do tributo a tempo e modo (obrigação principal), a multa isolada decorre do não cumprimento de uma obrigação acessória.

Ressalta-se, por oportuno, que é possível a incidência concomitante das multas em questão, porquanto foram cobradas nos exatos termos da legislação pertinente, não havendo que se falar em violação ao art. 150, inciso IV da CF/88.

As Impugnantes alegam que a inclusão da Coobrigada, Valéria Carneiro da Silva Paiva, no polo passivo da autuação é ilegal, em razão de que não estar caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no Código Tributário Nacional, em seu art. 135, inciso III, uma vez que não foi apurado pela Fiscalização qualquer ato praticado com excesso de poderes ou infração à lei ou ao contrato social.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A inclusão da Coobrigada, sócia administradora da empresa autuada, no polo passivo da obrigação tributária decorre do art. 135, inciso III do CTN e do art. 21, §2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte. (Grifou-se).

No caso dos autos não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e sim, a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública quando da saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, mormente nos casos dos pedidos de vendas emitidos, para os quais, apesar de todas as evidências da ocorrência da operação mercantil de circulação de mercadorias constantes neles, não foram apresentadas notas fiscais correspondentes.

Induvidoso, portanto, que a Coobrigada tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as vendas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta da empresa autuada com intuito de lesar o Erário, não se aplicando aos autos a Súmula 430 por não se tratar de simples inadimplemento da obrigação tributária, mas de prática de atos contrários à lei.

Correta, portanto, a inclusão no polo passivo da obrigação tributária da sócia administradora da empresa autuada, com base no inciso III do art. 135 do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Por fim, a Defesa alega a impossibilidade de exclusão da empresa autuada do regime simplificado do Simples Nacional por não haver circulação de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Como informado anteriormente, a Fiscalização, por meio do Termo de Exclusão do Simples Nacional, fls. 75, do qual a Autuada foi intimada, deu início ao processo de exclusão de ofício da empresa do referido regime, em face das reiteradas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, nos termos do art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 6º da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

A alegação das Impugnantes carece de razoabilidade, na medida em que, como amplamente abordado acima, ocorreram inúmeras saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais.

A Lei Complementar nº 123/06, além de tratar das obrigações dos optantes pelo Simples Nacional, prevê a exclusão de ofício do referido regime, caso seja praticado qualquer um dos ilícitos tributários previstos na lei como condição para permanecer no regime simplificado. No caso em análise, dispõe a Lei Complementar nº 123/06:

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;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

(...)

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.**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos 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 apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

§ 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.

(...)

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput, a notificação:

I - será efetuada pelo ente federativo que promoveu a exclusão; e

(...)

(Grifou-se)

Ao dispor sobre a exclusão do Simples Nacional, o Comitê Gestor do Simples Nacional editou a Resolução CGSN nº 15/07, que foi revogada pela Resolução CGSN nº 94/11, que assim trata a matéria:

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

I - da RFB;

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

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

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

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

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 4º Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º.

§ 7º Ainda que a ME ou EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos tributários junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso V do caput e no § 1º, ambos do art. 76.

(...)

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

(...)

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar n.º 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 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, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos. (Grifou-se)

(...)

Dessa forma, decidiu o legislador pela exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere à Lei Complementar nº 123/06, desde que comprovada, dentre outras, a prática da infração de saídas reiteradas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Portanto, restou demonstrado que empresa autuada preencheu todos os pré-requisitos para ser excluída de ofício do Simples Nacional, na medida em que as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

irregularidades apuradas configuraram saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, ensejando a exclusão do regime simplificado, não podendo, dessa forma, usufruir dos benefícios do referido regime pelo prazo de 03 (três) anos.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para que sejam excluídas as exigências correspondentes aos pedidos constantes às fls. 1.171/1.364 e 1.414/1.416. E ainda, em aprovar a exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 08 de abril de 2015.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora**

**José Luiz Drumond
Relator**