

Acórdão: 14.995/02/2.^a
Impugnação: 40.010104905-66
Agravo Retido: 40.030107008-48
Impugnante/A.: Marques Materiais Hidráulicos e Acabamentos Ltda.
Proc. S. Passivo: Alfredo Gomes de Souza Júnior/Outro(s)
PTA/AI: 01.000138554-07
Inscrição Estadual: 382.886977.0068
Origem: AF/Lavras
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. Realização de prova pericial corretamente indeferida pela Auditoria Fiscal, com fulcro no art. 116, I, da CLTA/MG.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – EPP. Constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre arquivo magnético apreendido no estabelecimento da Impugnante e nos lançamentos efetuados em sua escrita fiscal. Infração caracterizada. Multa de revalidação aplicada, capitulada no art. 18, II, “a”, das Leis 12.708/97 e 13.437/99, adequada ao percentual previsto no art. 56, II, da Lei 6763/75. Exigências fiscais parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Motivos da autuação:

Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 1999 a 2001, constatadas mediante confronto entre dados contidos em arquivo magnético do contribuinte e os documentos fiscais apresentados.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 780/823, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1132/1137.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fl. 1157, que resulta na manifestação do Fisco à fl. 1158 e nos “Termos de Re-Ratificação do AI” de fls. 1163/1164 e 1201.

O Pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 1170/1171.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, o Recurso de Agravo de fls. 1174/1186.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1205/1213 opina, em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo e não acolhimento das preliminares argüidas pela Impugnante e, no mérito, pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Preliminares:

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos:

O pleito da Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, conforme exposto pela Auditoria Fiscal no despacho de indeferimento de perícia de fls. 1170/1171.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

Quanto à nulidade do Lançamento por vício formal:

A Impugnante argüi a nulidade do lançamento por vício formal ao argumento de que houve apreensão de documentos por parte da autoridade tributária sem que tenha sido acostada ao Auto de Infração cópia do Termo de Apreensão e Depósito - TAD, nos termos do que prescreve o § 1º, do art. 58, da CLTA/MG.

Rejeita-se de plano o referido pleito por total inconsistência, uma vez que, à fl. 13, é encontrada a via original do Termo de Apreensão e Depósito - TAD, n.º 003401, de 16/05/2001, cuja cópia foi recebida pelo sócio da empresa, Sr. Idelvan Marques, na mesma data, conforme atesta sua firma aposta no verso do referido documento.

Quanto à nulidade do Lançamento por suposta violação do sigilo bancário:

Requer a Impugnante preliminar de nulidade do conjunto probatório apreendido e, por via de consequência, do lançamento tributário, em razão de violação expressa e formal de seu sigilo bancário, uma vez que houve apreensão de boletos bancários e de comprovantes de depósitos, sem que tenha havido prévia autorização judicial ou procedimento administrativo formalmente instaurado.

Entretanto, não há qualquer indício de quebra de sigilo bancário da Impugnante. O que se verificou foi o simples exercício da faculdade dada à fiscalização de apreender documentos existentes em estabelecimento comercial que tenham caráter elucidativo de indícios de ilícitos fiscais.

Em que pese o fato de, dentre os documentos apreendidos, constarem extratos e depósitos bancários, em momento algum tais documentos foram utilizados para a formalização do crédito tributário ora em análise.

Conforme se verá na análise de mérito, as exigências fiscais decorrem do confronto entre o arquivo magnético apreendido no estabelecimento da Impugnante, existente em seu computador (“servidor”), com os elementos de sua escrita fiscal.

Os boletos bancários apreendidos, embora utilizados por amostragem para comprovação da irregularidade narrada pelo Fisco, são documentos que todo contribuinte tem que manter à disposição da fiscalização, pois são comprovantes de vendas a prazo realizadas e fonte de suprimento de numerário da conta “Caixa”. Portanto, sua utilização não afronta o sigilo bancário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O direito de examinar arquivos, documentos, livros e papéis de efeitos comerciais ou fiscais é prerrogativa legal do Fisco, autorizada pela legislação vigente, mormente o art. 195, do CTN.

Na mesma esteira, encontra-se o § 1.º, do art. 42, da Lei 6.763/75, que autoriza a apreensão desses documentos quando constituam provas de infração à legislação tributária.

Assim, rejeita-se a preliminar argüida.

Mérito:

Versa o presente lançamento sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 1999 a 2001, constatadas pelo confronto entre dados contidos em arquivo magnético do contribuinte e os documentos fiscais apresentados.

Face a tal constatação, o Fisco está a exigir a diferença de ICMS apurada, acrescida da multa de revalidação de 200 %, prevista nos dispositivos citados no Termo de fl. 1201, além da multa isolada estabelecida pelo art. 55, II, “a”, da Lei 6763/75:

Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, tê-la em estoque ou depósito, desacoberta de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a - quando as infrações a que se refere o inciso forem apuradas pelo Fisco, com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;” (G.N.)

Para apurar o ICMS, o Fisco, através do arquivo magnético apreendido, gerou o relatório de fls. 52/779, onde estão consolidados todos os dados relativos às vendas efetuadas pela Impugnante, contendo informações sobre a natureza da operação (à vista, a prazo, recebimento parcial à vista, etc.), código do cliente, código de cobrança, código do vendedor, data do “cupom não fiscal”, se a operação foi ou não encerrada (efetivada – “S” ou “N”), o número do cupom e o valor total da venda.

À fl. 012, o Fisco discrimina os valores que foram excluídos do levantamento, evitando a tributação de operações que não refletissem vendas ou aquelas que, embora de tal natureza, não foram efetivamente concretizadas.

Às fls. 38/51, o Fisco anexa, por amostragem, os cupons não fiscais (controles de entrega), que mantêm correspondência com os boletos de cobrança bancária emitidos.

Referida amostragem, reforça a veracidade das informações contidas no relatório acima mencionado. Para tal conclusão, basta confrontar, a título de exemplo, os documentos de fls. 38/39, com os dados contidos no relatório (fls. 605 e 602, respectivamente).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Obtido o total mensal de vendas, o Fisco o confrontou com os valores declarados pela Impugnante 09/11, apurando a diferença tributável.

Há que se fazer uma observação: por ser o contribuinte uma Empresa de Pequeno Porte, optante pelo MICRO GERAES, seu faturamento é informado trimestralmente. Adotando critério mais favorável à Impugnante, as vendas mensais apuradas foram comparadas com aquelas declaradas pela Autuada no “trimestre” correspondente. Isto explica os valores negativos constantes no demonstrativo de fl. 09.

Mais uma vez exemplificando, a venda apurada para o mês de janeiro/99 foi comparada com o faturamento do 1.º trimestre daquele exercício. Sendo este valor superior ao primeiro, o Fisco transferiu a parcela restante, favorável ao contribuinte, para o mês de fevereiro e assim sucessivamente, até a apuração de saldo pró Fazenda.

Por oportuno, importante esclarecer que, embora optante pelo MICRO GERAES, a exigência de ICMS encontra respaldo no art. 46, IX, c/c 47, § 2.º, do Anexo X, ao RICMS/96, uma vez que, independentemente de ter sido a Impugnante desenquadrada da condição de EPP, o que aconteceu (fl. 1141), os benefícios fiscais a que teria direito não se aplicam às operações concretizadas sem documentação fiscal:

“**Art. 46** - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não é aplicável, observado o disposto no § 2º do artigo 47 deste Anexo:

(...)

IX - à operação ou à prestação de serviço desacompanhada de documento fiscal, ou com documento falso ou inidôneo, ainda que objeto de denúncia espontânea.”

.....
“**Art. 47** - O imposto calculado na forma do regime previsto neste Anexo será recolhido no prazo fixado no artigo 85 deste Regulamento.

(...)

§ 2º - Nas hipóteses previstas no artigo 46 deste Anexo, o imposto será recolhido em DAE distinto.”

Convém ressaltar que o referido desenquadramento obedeceu aos ditames do art. 37, do Anexo X, ao RICMS/96, ato este não contestado pela Impugnante, conforme lhe faculta o parágrafo único do mesmo artigo.

Por todo o exposto, as exigências fiscais a título de ICMS e da multa isolada prevista no art. 55, II, “a”, da Lei 6763/75, demonstram-se corretas, não merecendo qualquer ressalva.

Quanto à multa de revalidação, seu percentual não se mostra adequado. Conforme Termo de Ré-Ratificação de fl. 1201, esta penalidade está alicerçada no art. 18, II, “a”, das Lei 12.708/97 e 13.437/99:

“**Lei 12.708/97 - Art. 18** - A pessoa jurídica ou a firma individual que, tendo perdido a condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, por ultrapassar o limite de receita bruta de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais) ou por superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 10, se mantiverem enquadradas no regime

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desta Lei, ficam sujeitas às seguintes conseqüências:

(...)

II - sendo a irregularidade apurada pelo fisco:

a) multa correspondente a 200% (duzentos por cento) sobre o valor devido a título de imposto, sem direito a qualquer redução, além do previsto nas alíneas do inciso anterior;

.....

"Lei 13.437/99 - Art. 18 - A pessoa jurídica ou a firma individual que, tendo perdido a condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, por ultrapassar o limite de receita bruta de R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) ou por superveniência de situação impeditiva prevista no art. 10, mantiver-se enquadrada no regime desta lei sujeita-se:

(...)

II - sendo a irregularidade apurada pelo Fisco:

a) a multa correspondente a 200% (duzentos por cento) sobre o valor devido a título de imposto, sem direito a nenhuma redução, além do previsto nas alíneas do inciso I deste artigo;"

Depreende-se dos dispositivos acima, que a penalidade somente é aplicável aos casos em que a empresa perca a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, por ultrapassar o limite de receita bruta estabelecido e, se mantenha nesta condição, indevidamente.

Entretanto, este não é o caso dos autos. Perceba-se que os valores globais de vendas demonstradas às fls. 09/11 não atingem o menor dos limites estabelecidos nos dispositivos acima. Além disto, o Fisco não trouxe aos autos qualquer elemento que permita tal conclusão.

Observe-se que, mesmo no Ofício relativo ao desenquadramento efetuado (fl. 1141), a motivação legal (art. 36, V, "e", do Anexo X, ao RICMS/96) se refere a fato distinto a excesso de receita.

Desta forma, a multa de revalidação aplicada, deve ser adequada ao percentual previsto no art. 56, II, da Lei 6763/75, dispositivo este devidamente relacionado no Auto de Infração:

"Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as reduções previstas nos itens 1 a 3 do § 9º do artigo 53." (G.N.)

Portanto, do crédito tributário ora exigido, o percentual da multa de revalidação até então exigida, deve ser adequado àquele previsto no dispositivo legal acima, qual seja, 50 % (cinquenta por cento) do valor do imposto apurado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, resta salientar que, ao contrário do alegado pela Impugnante, o feito fiscal está alicerçado em procedimento idôneo, com provas documentais do ilícito apurado, afastando qualquer possibilidade de presunção fiscal.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos e, ainda, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para adequar a Multa de Revalidação ao percentual previsto no art. 56, II, da Lei 6763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 08/07/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

José Eymard Costa
Relator

MSST