

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.165/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000184823-23
Impugnação: 40.010133565-34
Impugnante: Uzzi Química Ltda - ME
IE: 001056514.00-27
Proc. S. Passivo: Aldo de Sousa Neto/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

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 desacobertas de notas fiscais. 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, com adequação ao disposto no § 2º deste artigo, ambos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/08 a 10/12/11, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado, com a escrituração fiscal da Autuada.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1893/1938, acompanhada dos documentos de fls. 1940/2836, contra a qual o Fisco manifesta-se às fls. 2840/2854.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 2861/2871, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Das Preliminares

Da nulidade do Auto de Infração

A Impugnante alega a nulidade do Auto de Infração em razão de o Fisco ter afrontado o direito à inviolabilidade de residência da Impugnante, quando da obtenção dos documentos, tendo ingressado de forma arbitrária e leviana em sua sede, e apreendido documentos e máquinas sem a sua autorização, em claro abuso do poder de polícia.

Não cabe razão à Impugnante, visto que a ação fiscal procedida junto ao estabelecimento autuado encontra respaldo no Código Tributário Nacional (CTN) que, em seu art. 195, assim estabelece:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Por sua vez, o art. 42, § 1º c/c 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. Veja-se:

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

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

A regulamentação do art. 50, retrocitado, está contemplada nos art. 201 a 205 do Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais (RICMS), publicado pelo Decreto 43.080/02, explicando em detalhes o procedimento a ser adotado, quando da apreensão de documentos bens e mercadorias em estabelecimentos comerciais.

A apreensão de mercadorias, documentos, papéis, programas e arquivos eletrônicos efetuada no estabelecimento comercial do contribuinte, quando constitua prova ou indício de infração à legislação tributária, independe de autorização judicial, conforme preceitua os artigos acima citados e abaixo transcritos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (grifou-se).

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

Art. 204. Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

Parágrafo único. A busca e a apreensão de que trata o caput deste artigo também dependerá de autorização judicial quando o estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional for utilizado, simultaneamente, como moradia.

(Grifou-se)

No caso em tela, a apreensão dos documentos revestiu-se de todos os requisitos exigidos na legislação, sendo devidamente documentada por meio do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 003401 (fls. 1503), efetivada no estabelecimento comercial da Autuada. Ressalte-se que o estabelecimento da Autuada não é utilizado como moradia.

Corroboram o entendimento acima a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Cível nº. 1.0024.07.461405-8/002):

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 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO, PORÉM NÃO PROVIDO.

(NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.07.461405-8/002(1) - NUMERAÇÃO ÚNICA: 4614058-35.2007.8.13.0024). GRIFOU-SE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mantendo o mesmo entendimento, transcreve-se recente manifestação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, do eminente Des. Belizário de Lacerda, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 1.0027.08.176278-6/003:

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

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

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

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

Não há que se falar, portanto, 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.

Da mesma forma, a alegação da Impugnante de que o Fisco se baseou em suposições para justificar sua autuação, sendo que somente se admite a presunção quando não é possível a perfeita indicação do fato jurídico tributário e, admitindo-se a possibilidade de tal presunção, ela só poderia ser relativa, com a condição de ser elidida mediante prova em contrário, não merece prosperar.

Cabe esclarecer que o trabalho fiscal se fundamentou em informações retiradas dos documentos extrafiscais e relatórios de controle gerenciais apreendidos no estabelecimento comercial da Autuada.

Portanto, não há que se falar em presunção, pois os valores apurados como base de cálculo das saídas desacobertas foram retirados do banco de dados “Cópia de Dados. GDB” (CD fls.1888), tendo originado a Planilha 1 – Relação de todas as saídas da empresa e a Planilha 2 – Relação das saídas sem documento fiscal (fls. 21/22 por amostragem), estando completa no referido CD.

Para mais comprovar a infração à legislação tributária por dar saída desacobertada de documentação fiscal, o Fisco acostou aos autos documentos denominados “orçamentos”, utilizados no período de 2008 a 2011, em substituição às notas fiscais, às fls. 29/981, e cópia dos relatórios “Comissão de vendedores por notas” 2008 a 2011, às fls. 983/1500, todos apreendidos por meio do AAD 003401 de 15/12/11.

Do pedido de perícia

Quanto ao pedido de realização de prova pericial, não foi ele apreciado, em face do óbice presente no inciso I do § 1º do art. 142 do RPTA, Decreto nº 44.747/08, que assim dispõe:

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; (grifou-se).

Do Mérito

Conforme já relatado, a autuação decorre da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/08 a 10/12/11.

A irregularidade foi constatada por meio de confronto entre os dados contidos nos arquivos eletrônicos e documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada e as informações dos documentos fiscais levados a registro no livro Registro de Saídas e na DAPI, no respectivo período.

Em ação fiscal efetuada no estabelecimento da Autuada, o Fisco apreendeu documentos, conforme Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 003401 (fls. 1503) e efetuou a copiagem de arquivos eletrônicos nos computadores do estabelecimento, conforme “Auto de copiagem e autenticação de documentos digitais” (fls. 1520/1523), no qual identificou o banco de dados denominado “copia de dados. GBD”, que deu origem à planilha 1 “Relação de todas as saídas da empresa”, contendo as informações de vendas realizadas pela Autuada.

Após o confronto com os documentos fiscais emitidos e registrados no livro Registro de Saídas, o Fisco elaborou a Planilha 2 – Relação das saídas sem documento fiscal (fls. 21/22 por amostragem), estando completa no CD de fls. 1888 dos autos e demonstrado na Planilha 3 “Confronto entre as saídas reais e as saídas informadas no LRS por período”, às fls. 23/26 e no Demonstrativo do crédito tributário por período (fls. 27), utilizando a alíquota média calculada com base na saída declarada referente ao ano de 2011.

A Autuada enumera vários procedimentos técnicos à disposição do Fisco, e diz que eles foram ignorados. Cumpre, porém, informar que os procedimentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

elencados, em muitas ocasiões, não se mostram os mais indicados. Vários são os procedimentos e roteiros fiscais que podem ser utilizados, a critério do Fisco, observados os elementos à sua disposição e as características de cada contribuinte. Desta forma, mostra-se equivocado o entendimento de que o procedimento utilizado não seria apto à apuração de saídas desacobertadas de documento fiscal.

O procedimento adotado pelo Fisco está amparado no disposto no inciso I do art. 194 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;

A Impugnante argui que a planilha apontada como base de cálculo das presumidas vendas desacobertadas sem emissão de documento fiscal, não prova a venda, além de esta não ser a mesma encontrada pelo Fisco, tendo sido alterada, conforme se verifica no Anexo I, às fls. 19/20 dos autos. Argui ainda que a planilha original nada mais era do que um arquivo no qual se registrava todos os orçamentos feitos pelos clientes da Impugnante, que na maioria das vezes se convertiam em vendas, com a respectiva emissão de notas fiscais.

Entretanto, não cabe razão à Impugnante, visto que a cópiagem de arquivos eletrônicos se deu no estabelecimento da Autuada, conforme termo assinado pelo representante do Contribuinte, que acompanhou o procedimento. Tal procedimento se trata da criação de imagem dos setores do disco rígido e/ou unidades de armazenamento de informações, sem qualquer alteração de conteúdo. Ao final é gerado um algoritmo com função *hash* que garante a integridade do arquivo de imagem gerado.

Todos os documentos gerados no momento da cópiagem estão listados no CD, acostado às fls. 1888 dos autos, contendo o banco de dados “cópia de dados. GBD”, Planilhas 1 e 2 completas e livro Registro de Saídas 2008/2011, bem como o arquivo de autenticação FTKEExport.1.txt, todos entregues à Autuada.

Conforme detalhado pelo Fisco, no relatório fiscal (fls. 15/16), os dados da Planilha 1 (fls. 19/20, completa no CD) foram obtidos do arquivo de imagem denominado “cópia de dados.GBD”, contrário ao argumento da Impugnante de que houve alteração dos dados. A citada planilha contém todas as operações de vendas realizadas pela Autuada no período. Do confronto desta com os documentos fiscais emitidos é que se apurou a base de cálculo do ICMS incidente sobre as saídas desacobertadas de documentos fiscais.

A Impugnante alega que a planilha com orçamentos e notas fiscais por si só, não comprova as saídas desacobertadas, pois muitas vezes o orçamento autorizado pelo cliente não se realizava em razão da falta da mercadoria em estoque, falta de insumo para produção, falta de atendimento no prazo requerido pelo cliente, entre outros motivos. A fim de demonstrar o alegado anexa planilha denominada “Anexo III - Amostragem de orçamentos convertidos em vendas” (fls. 1954/1960), contendo orçamentos que constam da planilha 2 (base de cálculo da autuação) e as respectivas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

notas fiscais acostadas às fls. 1961/2563, informando que vários orçamentos culminaram em uma só nota fiscal ou vice-versa.

O Fisco, após analisar a supracitada planilha acostada pela Impugnante, verificou se tratar de cópia da planilha utilizada pelo Fisco para demonstrar as saídas sem documento fiscal, tendo a Impugnante acrescentado-lhe uma coluna com o título de “NF Fiscal Vinculada”, juntando quase a totalidade das notas fiscais emitidas pela empresa no período de setembro de 2009 a novembro de 2011.

Assim, o Fisco confrontou as notas fiscais juntadas pela Autuada com os orçamentos, aos quais faziam referência, não encontrando nenhum vínculo entre eles a não ser em relação aos destinatários, que são coincidentes. Considerando os parâmetros “mercadorias” e “valores”, do cotejo das notas fiscais e dos documentos extrafiscais, não foi encontrada, em nenhum deles, qualquer semelhança de valores. Em alguns casos as notas fiscais foram emitidas na mesma data do orçamento, porém, tanto as mercadorias quanto os valores descritos são totalmente distintos.

Observa-se, por meio de análise das notas fiscais apresentadas pela Impugnante, que todas constam da planilha apresentada pelo Fisco (planilha 1 - Relação de todas as saídas da empresa) consignando os códigos 01 e 21, na coluna “série”, enquanto as saídas sem documentos fiscais, que são os orçamentos, todos numerados, com os códigos de “05” em alguns períodos e “NB” (Nota Branca) em outros, conforme documentado no CD – Planilhas 1 e 2 completas (anexo 7- fls. 1888).

Portanto, os documentos acostados apenas reforçam que a Autuada adota a prática de vender mercadorias para os mesmos clientes ora com nota fiscal ora sem emitir o documento que acoberta a operação.

A Impugnante argui ainda que os orçamentos juntados pelo Fisco correspondem apenas à parte do valor apontado como saída sem emissão de documento fiscal, conforme pretende demonstrar acostando a planilha denominada “Anexo V- Relação de todos os orçamentos juntados ao PTA”, às fls. 2565/2592.

O Fisco esclarece que, embora não tenha acostado todos os orçamentos relacionados na planilha, pode-se verificar que aqueles anexados (Anexo 2 – fls. 28/981), estão incluídos na planilha extraída do banco de dados da Autuada, consignando na coluna denominada “situação” a expressão “fechado”. Consta de diversos orçamentos as anotações “pago”, “entregue”, “pg. só entregar”, carimbos com a data de recebimento da mercadoria pelo comprador, assinatura dos adquirentes, anotação da falta de determinada mercadoria (entrega parcial), comprovação de recebimentos ou de envio de boletos e várias outras anotações que confirmam, de forma incontestável, a entrega da mercadoria vendida.

O Fisco acostou ainda como prova da realização das operações os relatórios de comissões pagas (Anexo 3 – fls. 982/1500) e os comprovantes de pagamentos que foram realizados referentes aos “orçamentos” emitidos e às comissões auferidas pelas vendas.

A Impugnante alega que os relatórios de comissão relacionados como prova, implicando que a Impugnante pagou comissões sobre os valores dos orçamentos, o que configuraria venda, trata-se de equívoco do Fisco, pois este não considerou as deduções

dos valores dos pedidos orçados e não realizados que consta dos citados relatórios de comissões. Aponta a título de exemplo o documento de fls. 1417 dos autos, no qual o valor líquido a receber teria sido decotado dos orçamentos não convertidos em vendas.

Alega ainda que a inclusão do orçamento ainda não fechado na planilha de comissão era um *modus operandi* da empresa visando demonstrar ao representante comercial a quantidade de vendas que não foram concluídas, a fim de melhorar o desempenho de seus representantes comerciais. Apresenta planilha denominada “Anexo VI – Pagamento das comissões pelo valor líquido” às fls. 2603/2836, juntamente com os comprovantes de pagamentos das comissões pelo valor líquido, após a dedução das vendas não realizadas.

O Fisco, analisando a planilha apresentada pela Impugnante, verificou que os descontos efetuados não se tratam de descontos relativos a vendas não realizadas, mas sim, a adiantamentos feitos aos representantes e a pagamentos de compras feitas por estes.

O exemplo apontado pela Impugnante usando o representante Silvio Vilela (fls. 1415/1417), afirmando que parte dos descontos sofridos na planilha foram decorrentes de vendas não realizadas, não condiz com a realidade dos fatos, contrário ao relatado pelos próprios documentos.

Trata-se, na verdade, de deduções de pagamentos que seriam feitos ao representante, não compondo o cálculo das comissões, como a Impugnante quer fazer crer, referem-se a compras realizadas pelo próprio representante, e tais descontos retratam apenas pagamentos realizados à empresa em decorrência de uma venda anterior.

Os orçamentos de números 509060 (fls.208) e 509096 (fls. 211), relacionados no citado relatório de comissões do Sr. Sílvio foram emitidos em nome do representante Lindomar Antônio da Silva, mas é possível verificar que nos dois documentos existem as inscrições do tipo “só entregar” e “abater Silvio Vilela” e “Só entregar (receber Silvio Vilela)”. No orçamento nº 309188 (fls.190), emitido em nome da representante Iara Martins Ferreira está consignado “Pago p/ Silvio Vilela – só entregar”. Já os orçamentos de números 509004, 509033, 509078, 509101 e 509108 (fls. 201/205/209/214), foram emitidos em nome do próprio Silvio e devidamente assinados por ele mesmo.

Verifica-se nas planilhas dos representantes, constantes do Anexo 3 (fls. 982/1500), que os descontos efetuados são de toda sorte, tais como por adiantamentos, pagamento de IPVA, CTBC, parcela de carro, adiantamento, nunca descontos pertinentes àquilo que não foi efetivamente vendido, como dito pela Impugnante, isto é, não se trata de desconto de orçamento não convertido em venda.

Como bem destaca o Fisco, considerando o conjunto probatório trazido aos autos, conclui-se que o *modus operandi* do Contribuinte consistia em emitir notas fiscais para acobertar apenas parte de suas vendas, prestando-se os documentos extrafiscais ao controle interno de suas saídas. Não há que se falar em orçamentos não realizados, como sugere a Impugnante, uma vez que os “Relatórios de Saídas” registram os valores de vendas efetivas e reais, ficando claro que as vendas não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realizadas não foram incluídas no controle extrafiscal, remanescendo apenas os orçamentos com “situação” de “fechados”.

Assim, resta plenamente caracterizado que a Autuada promoveu saídas de mercadorias sem a emissão de documentação fiscal, estando correto o procedimento adotado pelo Fisco para apuração do crédito tributário.

Argui a Impugnante que também é equivocada a alíquota de 14,17% (quatorze vírgula dezessete por cento) aplicada à base de cálculo, uma vez que a Impugnante, no período de 2008 a 2010, adotava o regime tributário do Simples Nacional.

Alega a inobservância por parte do Fisco dos procedimentos formais para exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional, quais sejam os descritos na Lei Complementar nº 123/06, em seu art. 28 e na Resolução nº 15/07 do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

Ressalta que o Fisco não lavrou o termo de exclusão, assim como não deu ciência à Impugnante, não instaurou procedimento próprio para possibilitar a impugnação da exclusão, e ainda não registrou no portal do Simples Nacional na *internet*.

Cabe esclarecer que, uma vez comprovada a realização de operações sem o devido acobertamento documental, está correta a exigência, à margem do regime do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme decorre do preceito legal abaixo reproduzido:

Lei Complementar nº 123/2006:

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Verifica-se, pois, que as operações realizadas sem acobertamento de documento fiscal não se encontram inseridas na apuração e pagamento dentro da sistemática do Simples Nacional. Tendo sido constatada a saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, o imposto e as penalidades devem ser exigidos conforme o que estabelece a Lei nº 6.763/75, nos mesmos moldes aplicáveis aos contribuintes que apuram o imposto pelo regime normal de débito e crédito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso em tela, não está sendo exigido qualquer valor ou parcela relativa aos efeitos de uma possível exclusão do Simples Nacional, estão sendo exigidas parcelas relativas a saídas desacobertas e a consequente pertinência de sua exclusão do Simples Nacional.

Transcende ao regime do Simples Nacional a cobrança do ICMS quando relacionado à movimentação de mercadorias desacobertas de documentação fiscal hábil. Este procedimento, ao contrário do alegado pela Impugnante, não fere preceitos legais, mas, em verdade, cumpre estritamente os ditames da Lei Complementar n.º 123/06.

Quanto ao uso da alíquota média de saída, a metodologia utilizada foi aquela mais benéfica à Autuada, tendo em vista que a legislação prevê, para as situações em que é impossível identificar a natureza das operações desacobertas (se internas, interestaduais ou de exportação), que seja aplicada a alíquota interna vigente, consonante com o art. 195, § 2º, inciso V, alínea “b” do RICMS/02.

No caso em tela, demonstrou-se que as operações de venda de mercadorias de produção própria ou adquirida de terceiros, como regra, envolviam em sua quase totalidade apenas produtos sujeitos à alíquota interna de 18% (dezoito por cento).

O Fisco adotou a alíquota média de 14,17% (quatorze vírgula dezessete por cento), apurada com base nas saídas no ano de 2011, período em que a Autuada apurou o imposto pelo regime de Débito e Crédito, conforme demonstrativo de fls. 1575 dos autos, de forma mais benéfica à Autuada.

Corretas, portanto, as exigências do ICMS incidente sobre as operações, acrescido da Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A Multa Isolada, por descumprimento de obrigação acessória, foi aplicada corretamente pelo Fisco, por determinação expressa no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo, *in verbis*:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-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:

(...)

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As questões de cunho constitucional alegadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, I do RPTA “a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda”.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha, Marco Túlio da Silva e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 10 de julho de 2013.

André Barros de Moura
Presidente/Relator

EJ/D