

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.162/13/3ª Rito: Ordinário  
PTA/AI: 01.000179434-59  
Impugnação: 40.010133099-35, 40.010133193-45 (Coob.)  
Impugnante: Im Car Revestimentos Automotivos Ltda - EPP  
IE: 062030053.00-80  
Ivandro Merlo (Coob.)  
CPF: 067.442.598-73  
Coobrigado: Ivandro Merlo  
CPF: 067.442.598-73  
Proc. S. Passivo: Renato de Magalhães/Outro(s)  
Origem: DFT/Belo Horizonte

**EMENTA**

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO – SOLIDARIEDADE.** O sócio administrador é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

**MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL.** Constatado, mediante confronto do faturamento constante em controles extrafiscais, regularmente apreendidos, com receita declarada ao Fisco no mesmo período, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias, sujeitas à tributação normal e à sistemática da substituição tributária, desacobertadas de documentos fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas, em parte, as exigências do ICMS operação própria e do ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II com adequação ao disposto no § 2º, todos da Lei nº 6.763/75, devendo ser excluídos os itens caracterizados como prestações de serviços.

**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. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94/11, correto o Termo de Exclusão do Simples Nacional lavrado pela Fiscalização.

**Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.**

## ***RELATÓRIO***

### **Da Autuação**

Trata-se de imputação fiscal sobre recolhimento a menor do ICMS operação própria e do ICMS/ST, no período de janeiro de 2010 a junho de 2012, em face da constatação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, apurada por meio da análise de documentos extrafiscais físicos e eletrônicos regularmente apreendidos, os quais demonstraram a existência de parcela de vendas realizadas sem emissão de documento fiscal.

Exigiu-se o ICMS operação própria, ICMS/ST, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) e 100% (cem por cento) previstas no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III do mesmo artigo e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II com adequação ao disposto no § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

O trabalho foi realizado mediante confronto detalhado entre livros, documentos, arquivos eletrônicos e Declarações de Apuração e Informação do ICMS – DAPIs emitidos e entregues pela Contribuinte com documentos extrafiscais e dados digitais regularmente apreendidos em seu estabelecimento na data de 04/07/12.

Em face das irregularidades apuradas e com base no art. 29, inciso XI e §§ 6º e 7º da LC nº 123/06 c/c art. 5º, inciso XIII e art. 6º, inciso VI da Resolução CGSN nº 15/07, o Fisco procedeu à exclusão da Contribuinte do Simples Nacional no âmbito do presente PTA, conforme Termo de Exclusão de fls. 389.

O processo encontra-se instruído com:

- Termo de Apreensão e Depósito – TAD (fls. 02);
- Auto de Cópia e Autenticação de Arquivos Digitais (fls. 03/05);
- Declaração de integridade de lacres (fls. 06);
- Auto de Deslacrção e Anexo (fls. 07/08);
- Auto de Infração - AI (fls. 09/11);
- Documento Pessoal do Coobrigado (fls. 12);
- Demonstrativo de Correção Monetária e Multa – DCMM (fls. 13/16);
- Relatório Fiscal (fls. 17/20);
- Anexo I – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 21/23);
- Anexo II – Demonstrativo do Percentual das Vendas por NCM e Realizadas a Consumidor Final / Revendedor (fls. 24/25);
- Anexo III – Demonstrativos de Vendas – Informações do Simples Nacional (fls. 26/78);
- Anexo IV – Planilha com as Operações Realizadas pela Contribuinte (fls. 79/387);
- Anexo V – Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 389);

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo VI – Relatório Técnico elaborado pelo Núcleo de Auditoria Digital da SEF/MG e Mídia em DVD-R (fls. 390/401); e cópias de Orçamentos de vendas realizadas (fls. 390/881)

- Anexo VII – Telas do SIARE e Documentos Constitutivos da Autuada (fls. 882/909).

### **Da Impugnação**

Inconformados, Autuada e Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 915/1.034 do PTA, acompanhada dos documentos de fls. 1.131/1.212, alegando, em apertada síntese, que:

- o Auto de Infração foi lavrado com base em relatório gerencial que não espelha as vendas efetivamente realizadas, por tratar-se de orçamentos, movimentação interna de produtos, devolução de produtos para reparo, além de outros;

- há nulidade absoluta do Auto de Infração, em face da inexistência de justa causa para a sua lavratura, porquanto ausente a ocorrência de conduta ilícita por parte dela, Autuada;

- há causas de nulidade absoluta presentes no Auto de Infração, que teve nascedouro na quebra ilegal de seu sigilo fiscal, que não houve fundamentação e que há erro não sanável no cálculo do imposto devido;

- o ato de exclusão do Simples Nacional deve ser declarado nulo por não ter sido observada a aplicação da LC nº 123/06 e as Resoluções baixadas pelo Conselho Gestor de Simples Nacional;

- há ilegalidade na inclusão do Sócio na qualidade de Coobrigado, visto que não houve dolo, não houve prática de ato com excesso de poderes e que não houve prática de infração à lei, da forma como preconizada no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75;

- o cálculo do percentual de vendas para particular/empresa efetuado pelo Fisco levou em consideração os arquivos AD 2010, AD 2011 e AD2012 e a planilha “intensnf”, a qual não individualiza os registros dos anos de 2010, 2011 e 2012, e que, assim, os cálculos estão desvirtuados;

- o Fisco adotou critério diverso para atingir o percentual de vendas, de acordo com o tipo de produto e respectiva NCM, uma vez que se utilizou da planilha extrafiscal “intensnf”, na qual o total de vendas também diverge dos valores apurados em cada exercício e que assim, denota-se que a proporção de produtos sujeitos à alíquota de 12% ou 18%, com ou sem ST, não refletiu a realidade;

- deve haver a reformulação do cálculo, a fim de mensurar a base de cálculo devida em cada competência, a título de ICMS sujeito à alíquota de 12% ou 18%, com ou sem ST;

- ao utilizar as planilhas AD 2010, AD2011 e AD 2012, o Fisco considerou registros que não representavam fatos geradores de ICMS, quando no máximo ISSQN;

- as multas devem ser anuladas, ou, ao menos, reduzidas, por serem confiscatórias, desproporcionais e desarrazoadas;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a multa isolada deve ser reduzida à metade, com aplicação do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75;

- a exigência dos juros de mora sobre a multa de revalidação deve ser apenas a partir do nascimento de sua exigibilidade, qual seja o não pagamento na data prevista pelo Auto de Infração;

- há ilegalidade na Resolução nº 2.880/97 sobre aplicação de juros de mora e correção superior à SELIC, bem como quanto o *dies a quo* pelo qual passou a correr os juros moratórios;

- afirmam ser imprescindível a produção de prova pericial contábil, indica assistente técnico e formula quesitos sob a forma de anexo (fls. 1.214);

- apresentam planilha, elaborada por perito contábil, para demonstrar suposta diferença de valores entre o cálculo fiscal e o realmente devido.

Ao final, requerem a procedência da impugnação com a declaração de nulidade do Auto de Infração, ou o cancelamento das exigências fiscais.

### **Da Manifestação Fiscal**

O Fisco, em bem fundamentada Manifestação Fiscal de fls. 1.221/1.241, rebate, ponto a ponto, as alegações da Defesa e pede pela procedência do lançamento.

### **Do Parecer da Assessoria**

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.249/1.277, opina pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

### **Da Instrução Processual**

A 3ª Câmara de Julgamento, na sessão realizada no dia 02/05/13 (fls. 1.279), exarou despacho interlocutório para que a Impugnante demonstrasse os itens referentes à prestação de serviço que foram tributados no presente lançamento e apresentasse as notas fiscais a eles relativas.

Intimada para cumprimento do despacho interlocutório (fls. 1.281/1.284), os Impugnantes comparecem com o expediente de fls. 1.285/1.296, acompanhado dos documentos de fls. 1.301/1.669.

Inicialmente, reafirmam que o relatório gerencial utilizado pelo Fisco para apuração do crédito tributário “*não espelha as vendas efetivamente realizadas*”.

Trazem a relação dos itens que entendem não estarem sujeitos à tributação pelo ICMS (fls. 1.301/1.305) e apontam que há, nos dados constantes nas planilhas AD2010, AD2011 e AD2012, registros de exercícios diferentes dos anos de 2010/2012.

Informam que o Laudo Técnico que anexam (fls. 1.314/1.348) demonstra que “*a capacidade de produção e venda da Impugnante é muito inferior ao considerado pelo Fisco a partir das referidas planilhas*”.

Reiteram o pedido de prova pericial com apresentação de novos quesitos (fls. 1.350/1.351) e, ao final, a procedência das impugnações.

O Fisco, às fls. 1.672/1.676, faz uma análise de todos os argumentos e informações trazidos pela Impugnante em face do despacho interlocutório e reitera que seja julgado procedente o lançamento.

Às fls. 1.678/1.679, a Assessoria do CC/MG manifesta-se a respeito do resultado do despacho interlocutório e, com base no parecer acostado às fls. 1.249/1.277, opina pela procedência do lançamento.

## ***DECISÃO***

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

### **Das Preliminares**

#### **Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração**

Os Impugnantes afirmam às fls. 928/983 do PTA, em síntese, que há nulidade do Auto de Infração, haja vista a inexistência de justa causa para a sua lavratura, porquanto ausente a ocorrência de conduta ilícita, que o lançamento teve nascedouro na quebra ilegal de seu sigilo fiscal, que não houve fundamentação e que há erro não sanável no cálculo do imposto devido.

Primeiramente, a argumentação de que os documentos apreendidos no estabelecimento autuado configuram quebra ilegal de seu sigilo fiscal trata-se de argumentação estritamente judicial, portanto alheia à esfera administrativa.

O procedimento de busca e apreensão questionado pela Impugnante foi empreendido com estrita observância da legislação que rege a espécie, inclusive, tendo sido lavrado o correspondente Termo de Apreensão e Depósito - TAD e Autos de Copiagem de Arquivos Digitais, para formalizar a medida, (cópias às fls. 02/05), razão pela qual não há que se falar em ilegalidade ou nulidade, restando legítimos os documentos probatórios constantes dos autos.

A Auditoria Fiscal de documentos da Contribuinte e o consequente lançamento do crédito tributário são atividades precípua do Fisco, que não dependem de mandado ou qualquer outro documento autorizador em face de sua previsão expressa em lei. A atividade de lançar o crédito tributário é vinculada e obrigatória, nos termos do parágrafo único do art. 142 do CTN:

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

Parágrafo único. **A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.** (grifou-se)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destarte, é muito claro o mandamento contido no art. 195, do CTN, ao dispor 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”*.

Mais autorizativa ainda, posto que devidamente outorgada pelo art. 194 desse mesmo CTN, é a Lei nº 6.763/75 no seu § 1º do art. 42, ao estabelecer que *“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”*.

Deste modo, mostra-se descabida a alegação dos Impugnantes de existência de provas ilícitas por vícios no procedimento de busca, não havendo que se falar em ocorrência de nulidade do feito.

No que tange às genéricas alegações de inexistência de justa causa para a lavratura do Auto de Infração por inoccorrência de ilicitude, que se apresenta em diversos pontos da Impugnação, sintetizando os argumentos, o art. 142 do CTN lista os requisitos essenciais ao ato de lançamento, identificando-o como *o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível*. A ausência de qualquer destes requisitos poderia gerar invalidade do lançamento em face de cerceamento de defesa.

No entanto, se a Autuada e o Coobrigado, regularmente intimados, comparecem aos autos e rebatem as acusações de forma ampla e irrestrita por meio de impugnação, como se deu no presente feito, não há que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento de defesa.

A peça impugnatória não consegue comprovar quaisquer vícios que ensejem a invalidade do trabalho fiscal. Ademais, o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, traz norma específica a respeito das possíveis incorreções constantes dos PTAs:

Art. 92 - As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida.

Deste modo, não restou configurado nos autos qualquer procedimento que tenha dificultado o direito de defesa dos Impugnantes, que o exerceram plenamente, de acordo com os ditames constitucionais e nos termos da legislação tributária mineira.

Por outro, o PTA encontra-se devidamente instruído com a indicação dos fatos, legislação tributária, termos lavrados, cálculo do crédito tributário, etc., que dão sustentação ao trabalho fiscal realizado.

As demais alegações da Defesa referem-se ao mérito do lançamento e serão tratadas no momento oportuno.

Assim, rejeitam-se as arguições de nulidade do lançamento.

### **Do Pedido de Prova Pericial**

A Contribuinte solicita realização de prova pericial, formulando quesitos às fls. 1.214 e 1.350/1.351.

No entanto, a perícia solicitada mostra-se desnecessária, tendo em vista que os autos trazem elementos suficientes para o deslinde da controvérsia.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

No caso presente, constata-se que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Defesa da empresa autuada, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Relembrando, o presente Auto de Infração refere-se à apuração de saídas desacobertadas de documento fiscal, obtidas mediante o somatório dos valores do faturamento constante em documento extrafiscal (gerenciamento de vendas) e a exclusão dos valores registrados e informados ao Fisco, com tudo devidamente comprovado nos autos.

Os primeiros quesitos trazidos pela Defesa (fls. 1.214) dizem respeito à apuração do imposto efetuado pelo Fisco com base nas informações constantes nas planilhas de controle interno da Autuada, que foram copiadas nos arquivos digitais existentes em computadores no estabelecimento da Contribuinte. Já no caso dos quesitos de fls. 1.350/1.351, apresentados na segunda intervenção da Impugnante nos autos, são todos a respeito da capacidade de produção do estabelecimento autuado.

Da análise do conjunto probatório constante nos autos, constata-se que as respostas para os primeiros quesitos encontram-se amplamente explicitadas no Relatório Fiscal e detalhadas nos diversos Anexos que compõem o lançamento, bem como nas informações constantes na mídia eletrônica (DVD-R) de fls. 401.

No caso dos quesitos adicionais trazidos no bojo da manifestação em atendimento ao despacho interlocutório exarado pela 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, tem-se que são indagações a respeito da capacidade produtiva do estabelecimento autuado.

Neste caso, primeiramente, repisa-se que o “relatório gerencial” constante nas informações digitais apreendidas (DVD-R de fls. 401), utilizado pelo Fisco para elaboração da planilha “Demonstrativo das Operações Realizadas pela Contribuinte” (fls. 80/387), contém riqueza de detalhes e de forma individualizada, como a descrição do produto; a identificação do veículo onde o produto foi empregado; a data de início

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da operação; a data da conclusão; o nome do adquirente; o valor a pagar; a data do pagamento, dentre outras informações.

Verifica-se que informações do tipo valor a pagar, data de vencimento e data de efetivo pagamento só fazem sentido quando há uma efetiva operação de venda de produtos.

Assim, não comporta qualquer análise de capacidade de produção do estabelecimento, pois as provas de faturamento de que o Fisco se valeu para apuração do crédito tributário, foram produzidas pela própria Impugnante.

Mas, ainda que necessária seja a aferição da capacidade de produção do estabelecimento no período autuado (anos de 2010 a 2012), as respostas a todos os quesitos podem ser obtidas a partir da análise do laudo técnico de produtividade trazido pela Impugnante e constante às fls. 1.314/1.348.

Nele consta que para o faturamento apurado pelo Fisco a partir dos controles paralelos apreendidos, demonstrado nas planilhas de fls. 80/387, seria necessária a produção média de 12,40 (doze vírgula quarenta), 25,90 (vinte e cinco vírgula noventa) e 15,00 (quinze) carros/dia, respectivamente nos anos de 2010, 2011 e 2012.

Ora, conforme o próprio estudo mostra, com a alocação de mão-de-obra de 10 (dez) estofadores, o estabelecimento pode produzir o equivalente a 23,68 (vinte e três vírgula sessenta e oito) carros/dia (fls. 1.341), quantidade suficiente para comportar o cálculo feito de 12,40 (doze vírgula quarenta), 25,90 (vinte e cinco vírgula noventa) e 15,00 (quinze) carros/dia para os anos de 2010, 2011 e 2012, respectivamente. Ou seja, o estudo demonstra que, no caso do estabelecimento autuado, o determinante é a mão-de-obra alocada na montagem dos kits de bancos e outros artefatos de couro.

Assim, para os anos de 2010, 2011 e 2012, com a utilização da força de trabalho de 10 (dez) estofadores, a produção do estabelecimento comporta o faturamento declarado nos relatórios gerenciais constantes nos controles digitais copiados nos computadores em uso no estabelecimento da Contribuinte, o que torna desnecessária a realização de perícia para se aferir a capacidade de produção.

Ademais, prescreve o art. 142, § 1º, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

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;

II - será indeferido quando o procedimento for:

**a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;**

b) de realização impraticável;



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

c) considerado meramente protelatório.  
(grifou-se).

Deste modo, é desnecessária a produção de prova pericial, que por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento, o que, entende-se, não ser o caso dos autos.

### **Do Mérito**

Conforme já relatado, a autuação versa sobre a constatação, mediante confronto das vendas registradas, pela Autuada, em documentos extrafiscais de controle de vendas, extraídos de arquivos magnéticos, copiados de computadores operados em seu estabelecimento, com os documentos fiscais emitidos e informados nos arquivos eletrônicos SINTEGRA, de que o Sujeito Passivo promoveu reiteradas saídas de mercadorias (bancos e outros artefatos de couro para veículos automotores) desacobertas de documentação fiscal.

Assim, são exigidos ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação (50% e 100%), prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III e Multa Isolada (40% e 2,5 vezes o valor do ICMS), nos termos do art. 55, inciso II, § 2º, todos da Lei 6.763/75.

No Relatório Fiscal, às fls. 17/20 do PTA, está explicitado que, em ação fiscal levada a efeito no estabelecimento da Autuada em 04/07/12, foram encontrados diversos documentos extrafiscais, em meio físico e digitalizado, tendo sido efetuada a apreensão e/ou a cópia dos mesmos.

Assim, o Fisco confrontou tais materiais com as informações prestadas pela Autuada, concluindo pela constatação da ocorrência, de forma reiterada, organizada e sistematizada, de operações desacobertas de documentação fiscal, redundando na omissão de vendas na ordem de, aproximadamente, 50% (cinquenta por cento) do faturamento total.

O valor das vendas foi extraído das planilhas Excel AD2010, AD2011 e AD2012, constante no DVD-R anexo ao PTA (Server 1/IM CAR/controle/serviços. Senha de acesso: 250825).

Estes dados foram processados pelo Fisco e encontram-se demonstrados nas planilhas de fls. 80/387 dos autos, onde há informações como descrição do produto, identificação do veículo onde o produto foi empregado, data da entrada do veículo, data da saída, nome do adquirente, valor a pagar, data do vencimento, data do pagamento, dentre outras.

Em razão das espécies das mercadorias comercializadas pela Autuada, nos termos do art. 42, inciso I, alínea 'b', subalínea 'b7' e alínea "e", todos do RICMS/02, o Fisco adotou as alíquotas de 12% e 18% (doze e dezoito por cento).

O Fisco, com base no código NCM e percentual de vendas a particular das operações constantes das planilhas "itensnf" e "AD2010" contidas no DVD-R, anexo ao PTA (Courotec/WSGestor/dados/wsg2\_db e Server 1/IM CAR/controle/serviços), respectivamente, por amostragem, apurou as seguintes informações acerca do total das operações realizadas pela Autuada, conforme Anexo II, fls. 25 do PTA:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) 22,22% (vinte e dois inteiros e vinte e dois décimos percentuais) referem-se ao produto de NCM 94019090, dos quais:

- 87,93% (19,53% do total) tiveram como destinatário contribuinte revendedor, portanto, sujeito ao regime de Substituição Tributária progressiva (item 14.83 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02), cuja Margem de Valor Agregado - MVA é 40% (quarenta por cento) e;

- 12,07% (2,69% do total) foram destinados a Consumidor Final, cuja alíquota é 12% (doze por cento);

b) 77,78% (setenta e sete inteiros e setenta e oito décimos percentuais) referem-se aos demais produtos, cuja alíquota é 18%.

De posse destes percentuais, apurou-se o crédito tributário, conforme demonstrativo às fls. 22 do PTA.

As Impugnantes alegam que o Fisco adotou critério diverso para atingir o percentual de vendas, de acordo com o tipo de produto e respectiva NCM, uma vez que se utilizou da planilha extrafiscal “intensfn”, na qual o total de vendas também diverge dos valores apurados em cada exercício. Assim, denota-se que a proporção de produtos sujeitos à alíquota de 12% (doze por cento) ou 18% (dezoito por cento), com ou sem ST, não refletiu a realidade, e pedem a reformulação do cálculo, a fim de mensurar a base de cálculo devida em cada competência, a título de ICMS sujeito à alíquota de 12% (doze por cento) ou 18% (dezoito por cento), com ou sem ST.

No entanto, conforme demonstrado pelo Fisco, em tabela inserida na manifestação fiscal, constata-se que ao alterar a planilha de fls. 22 do PTA, utilizando nos cálculos os percentuais pretendidos pelos Impugnantes, o resultado obtido é idêntico ao apurado pelo Fisco.

Donde se conclui que não houve erro de cálculo e que a segregação das diversas espécies de operações ou obtenção das espécies de mercadorias com utilização de médias ponderadas ou proporções, constitui técnica fiscal regular, plenamente empregada e amplamente aceita para a apuração fiscal.

Às fls. 927 do PTA, os Impugnantes afirmam que as saídas de mercadorias para consumidores finais ou para pessoas jurídicas (concessionária) deverão ser tributadas à alíquota de 12% (doze por cento), por se enquadrar no item b.7 do art. 42 do RICMS/02, uma vez que se trata de estabelecimento industrial.

Contudo, conforme esclarecido pelo Fisco, não se está descaracterizando a Autuada como empresa que desenvolve atividade industrial, mas que o imposto devido por substituição tributária, embora exigido da Autuada na qualidade de substituta tributária, refere-se à operação subsequente que provavelmente irá realizar-se pelo varejista a consumidor final e que, nesta operação, a alíquota aplicável é 18% (dezoito por cento), pelo simples fato de que a mesma está sendo promovida por estabelecimento não industrial, não se aplicando, por óbvio, a norma prevista na subalínea “b7” referida acima.

Com relação à reclamação da Autuada de que alguns itens constantes nas planilhas de fls. 80/387 dos autos são apenas prestações de serviços não tributadas pelo

ICMS, mas sim pelo ISSQN, a Terceira Câmara de Julgamento do CC/MG exarou despacho interlocutório para que a Impugnante trouxesse a relação de tais itens e as correspondentes notas fiscais emitidas.

Atendendo, parcialmente, a medida determinada pela Câmara de Julgamento, a Impugnante trouxe a cópia das planilhas de fls. 1.301/1.305 com a relação dos itens que entende ser sujeito à tributação pelo ISSQN, dos anos de 2007, 2009, 2010, 2011 e 2012, com indicação do total por exercício às fls. 1.292. A respeito da apresentação de cópias de notas fiscais emitidas para os itens tidos como sendo de prestação de serviços, constante no despacho interlocutório, a Impugnante deixou de atender.

Neste caso, o Fisco, ao manifestar-se a respeito do cumprimento do despacho interlocutório pela Impugnante, afirma que por não ter, a Autuada, atendido a determinação da Câmara de Julgamento com a apresentação das cópias das notas fiscais de serviço emitidas, não pode ser acolhida a tese da empresa de exclusão de tais itens.

Com efeito, a Impugnante não trouxe a cópia das notas fiscais de prestações de serviços, mas, esse fato, por si só, não autoriza que sejam tributados pelo ICMS itens do tipo “limpeza e hidratação”, que, com certeza, pelas características não indicam que tenha havido fornecimento de materiais que pudesse sujeitar ao ICMS.

Assim, os itens de serviços relacionados nas planilhas dos anos de 2010, 2011 e 2012, constantes às fls. 1.303/1.305, cujo valor do total é demonstrado na tabela de fls. 1.292, devem ser excluídos das exigências fiscais.

Noutra feita, a Impugnante, na segunda intervenção nos autos ocorrida no atendimento ao despacho interlocutório, trouxe a baila nova discussão a respeito das planilhas “AD2010, AD2011 e AD2012”. Desta feita, alegando que constam nas referidas planilhas registros correspondentes a períodos diferentes dos anos de 2010, 2011 e 2012, trazendo, por amostragem, as cópias de fls. 1.310/1.312.

A respeito da controvérsia, o Fisco esclarece que na consecução do levantamento fiscal adotou como base para extração dos dados o campo referente à data da saída, que é o momento determinante para ocorrência do fato gerador do imposto, extraíndo, assim, unicamente os registros cuja data de saída informada era dos anos de 2010/2012.

De fato, analisando as planilhas de fls. 80/387, que contêm a relação de todos os itens que fazem parte das exigências constantes no presente Auto de Infração, constata-se que todos os registros de saídas são dos anos de 2010/2012.

Destarte, não procede a reclamação da Impugnante.

### **Dos Juros e da Aplicação das Multas**

Autuada e Coobrigado alegam às fls. 991/1.013 do PTA, em síntese, que as multas são confiscatórias, desproporcionais, desarrazoadas, que a multa de revalidação foi cobrada em duplicidade, posto que, *a priori*, foi aplicado o percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto e, *a posteriori*, 100% (cem por cento) sobre a mesma base, incorrendo, assim, em *bis in idem*.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirmam que o Fisco, no caso da multa isolada, não explicitou a porcentagem utilizada (40% ou duas vezes e meia o valor do ICMS).

Dizem que diante das clarividentes incertezas, deve ser aplicado o art. 112 do CTN e que as multas aplicadas não foram precedidas de descrição concisa, clara, violando o art. 89 RPTA.

Às fls. 1.006/1.010 dos autos, pedem que seja reduzida pela metade a multa isolada pela aplicação do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, tendo em vista que a autuação fiscal fundou-se, exclusivamente, em dados extrafiscais.

Já o Fisco, informa que as penalidades impostas coadunam-se perfeitamente com a infringência narrada, estando prevista na Lei nº 6.763/75, art. 55, inciso II c/c § 2º e art. 56, inciso II e § 2º, inciso III.

Esclarece que fica evidente que a aplicação das penalidades foi efetivada de forma firme, correta e em plena consonância com o ordenamento jurídico vigente, não havendo espaço para aventar a possibilidade de existência de dúvidas quanto à capitulação legal, à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, nem quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade e, muito menos, quanto à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação.

Inicialmente, com relação à alegação dos Impugnantes de que a multa de revalidação foi cobrada em duplicidade, aplicados os percentuais de 50% (cinquenta por cento) e 100% (cem por cento) do valor do imposto sobre a mesma base, incorrendo, assim, em *bis in idem*, observa-se, ao contrário, que na planilha às fls. 22 do PTA, a multa de revalidação de 50% (MR), coluna 7, incide sobre a soma do ICMS à alíquota de 12% (cinquenta por cento) e de 18% (cem por cento), colunas 4 e 5, respectivamente.

Já a multa de revalidação de 100% (MR/ST), coluna 8, incide sobre o ICMS/ST, coluna 6.

No que se refere à alegação de que, no caso da multa isolada, o Fisco não explicitou a porcentagem utilizada (40% ou duas vezes e meia o valor do ICMS), pode-se observar na planilha às fls. 22 do PTA, o detalhamento dos valores.

Frise-se que no Relatório Fiscal, às fls. 17/20 dos autos, o Fisco apontou as proporções das saídas desacobertas sujeitas a cada regime de tributação (12%, 18% ou ST), bem como o total de ICMS, multa de revalidação e multa isolada.

Conforme planilha às fls. 22 e Relatório Fiscal às fls. 17/20 dos autos, observa-se que quando a alíquota do imposto é de 12%, a multa isolada foi calculada na proporção de duas vezes e meia o valor do imposto.

Já relativamente à hipótese aventada pela Defesa de que a multa isolada deve ser reduzida à metade pela aplicação do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, tendo em vista que a autuação fiscal fundou-se, exclusivamente, em dados extrafiscais, observa-se nesse dispositivo legal que, o que implicaria na aplicação da alínea “a” referida, seria a apuração exclusivamente em documentos e escrita fiscal, não sendo esse o caso dos autos.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, pelo que se depreende dos autos, as penalidades aplicadas estão expressamente previstas na Lei nº 6.763/75.

Ademais, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais está adstrito, dentre outras normas, a do art. 110 do RPTA, nos seguintes termos:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Autuada e Coobrigado pedem ainda que a aplicação dos juros de mora e correção, incidentes sobre a multa de revalidação, se dê apenas a partir do nascimento de sua exigibilidade, qual seja, o não pagamento na data prevista pelo Auto de Infração. Argumentam, ainda, que há ilegalidade na aplicação de juros de mora e correção superior à SELIC e quanto à data do vencimento do tributo.

Os Impugnantes insurgem-se ainda, contra a forma de aplicação de juros e correção monetária prevista na Resolução nº 2.880/97, a qual assegura obter resultados superiores à SELIC.

Já o Fisco assevera que, no que tange à aplicação da taxa SELIC, improcedentes são os argumentos dos Impugnantes, tendo em vista que sua utilização está devidamente respaldada pelo art. 226 da Lei 6.763/75 c/c § 3º da Lei Federal 9.430/96, conforme entendimento expressado pela Resolução nº 2.880/97.

Inicialmente, cabe frisar que a utilização da taxa SELIC é imposta por comando legal, não cabendo discricionariedade ao administrador sobre qual taxa de atualização monetária utilizar.

Saliente-se que, conforme prevê o art. 127 da Lei nº 6.763/75, os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seus valores corrigidos em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

A matéria vem, ainda, regida no art. 226, da mesma lei, que estabelece:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança de débitos fiscais federais.

Os critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais estão disciplinados na Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, especificamente no art. 5º, § 3º, com a seguinte redação:

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Em Minas Gerais, a matéria encontra-se regulamentada pela Resolução nº 2.880, de 13 de outubro de 1997.

O art. 1º da Resolução retrocitada é claro ao dispor que os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrem a partir de 1º de janeiro de 1998 são expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica serão acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

A citada resolução acha-se ajustada aos critérios definidos para cobrança dos débitos federais, conforme condicionado em dispositivos da Lei nº 6.763/75, já aludidos.

Quando a taxa SELIC é inferior a 1%, o percentual aplicável é 1% e não a SELIC, nos termos do parágrafo primeiro do art. 1º da Resolução nº 2.880, de 13 de outubro de 1997.

Art. 1º - Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º - Em **nenhuma** hipótese a taxa de juros de mora prevista no caput **poderá ser inferior a 1%** (um por cento) ao mês. (grifou-se)

Contudo, cabe ressaltar que este limite mínimo de juros de mora de 1% (um por cento) prevaleceu somente até 31/12/11, nos termos do art. 9º da Lei nº 19.978/11, de 28 de dezembro de 2011 (MG de 29/12/11) e da Resolução nº 4.404/12, que alterou a Resolução nº. 2.880/97, revogando os efeitos do § 1º do seu art. 1º, que fixava a taxa mínima acima citada.

Art. 9º Para os efeitos do disposto no caput do art. 226 da Lei nº 6.763, de 1975, **prevalece, até o dia 31 de dezembro de 2011, o limite mínimo de juros de mora** de que trata o § 3º do art. 84 da Lei Federal nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. (grifou-se)

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RESOLUÇÃO Nº 4.404, DE 5 DE MARÇO DE 2012  
(MG de 06/03/2012 e republicada no MG de 07/03/2012)

Altera a Resolução nº 2.880, de 13 de outubro de 1997, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, e dá outras providências.

(...)

Art. 2º **Ficam revogados os seguintes dispositivos da Resolução nº 2.880**, de 13 de outubro de 1997:

**I - o § 1º do art. 1º;**

II - o inciso III e o parágrafo único, ambos do art. 5º.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação. (grifou-se)

Portanto, caso haja a quitação do crédito tributário, a taxa de juros a ser exigida, a partir de janeiro de 2012, já estará adequada (automaticamente) ao disposto na Resolução nº 4.404/12.

Por último, quanto aos juros sobre a multa do art. 56 da Lei nº 6.763/75, entende-se que a obrigação pelo recolhimento ocorre desde o momento do descumprimento da obrigação principal e que apenas os percentuais são diferenciados, beneficiando o particular que incorre em um atraso menor ou que se antecipa à ação do Estado e promove o recolhimento do tributo.

### **Da aplicação do permissivo legal**

Os Impugnantes solicitam também a aplicação do permissivo legal para cancelar ou reduzir as multas aplicadas.

O Fisco, por sua vez, afirma às fls. 1.240 que a redução ou o cancelamento da penalidade isolada previsto no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75 somente poderá ser aplicado pelo órgão julgador administrativo, observado o disposto nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo, o que não alcança a hipótese em apreço.

Entende-se que, embora não constatada a reincidência, conforme fls. 1.248 do PTA, a infração praticada com dolo ou de forma que dela tenha resultado falta de pagamento do ICMS, como no caso dos autos, afasta a aplicação do permissivo legal, nos termos do art. 53, § 3º e § 5º, item 3 da Lei nº 6.763/75:

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.

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:  
(...)

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

### Da Exclusão do Simples Nacional

Conforme art. 16, § 1º e art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, art. 12, inciso I da Resolução nº 04 do CGSN, art. 5º, incisos V, XI e XIII e art. 6º, incisos VI e VII da Resolução nº 15 do CGSN, o Fisco afirma que a Contribuinte está sendo desenquadrado do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional), conforme “Termo de Exclusão do Simples Nacional” (fls. 389), a partir de janeiro de 2010 (data do ingresso no regime), por ter efetuado o enquadramento no referido regime sem a observância das condições necessárias para tal, especificamente no que concerne ao limite máximo de receita bruta obtida no exercício imediatamente anterior, como também, por ter promovido reiteradas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme apurado neste Auto de Infração.

No caso dos autos, o Fisco apreendeu no estabelecimento da Autuada documentos extrafiscais em meio físico e digitalizado, por constituírem provas ou indícios de infração à legislação tributária, conforme Termo de Apreensão e Depósito (TAD), Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais, declaração e Auto de Deslacrção e Anexo (fls. 02/08).

Os Impugnantes afirmam que há nulidade no ato de exclusão do Simples Nacional, ao argumento de que, em síntese, o presente PTA está embasado, única e exclusivamente, em prova obtida por meio ilícito e de que há falta de materialidade no Termo de Exclusão, em especial, quanto à alegação de ausência de emissão de notas fiscais, uma vez que não houve as referidas vendas.

Acrescentam que os documentos que embasam a presente autuação não são aqueles que o Fisco tem o direito de exigir nem os que a Contribuinte tem o dever de conservar, e que não foram obtidos legalmente, mas sim, através de uma atuação inadequada, abusiva e ilícita por parte do Fisco.

Afirmam ainda que não basta a simples presunção de que todas as informações constantes das planilhas são renda tributáveis, mas que é imprescindível que as reais e supostas saídas sejam devidamente comprovadas.

Os Impugnantes afirmam, ainda, que tendo em vista a presente Impugnação administrativa, fica suspensa a ordem de exclusão do Simples Nacional, uma vez que apenas ao término do processo administrativo, caso não sejam providos os seus pedidos, o referido Ato Declaratório de Exclusão produzirá todos os seus efeitos.

Os Impugnantes, com base no Acórdão 19.093/11/2ª, alegam ainda que, uma vez não cumpridos os requisitos, não pode haver a exclusão do regime simplificado e, conseqüentemente, não pode ser lavrado auto de infração para exigir o ICMS.



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, o Fisco esclarece que o ato de exclusão da Autuada do Simples Nacional foi efetivado com estrita observância da legislação que rege a matéria, tanto no âmbito federal quanto no estadual.

Explica que, portanto, foi constituído o crédito tributário para exigência do tributo omitido, acrescido das penalidades cabíveis (fls. 09/11), e lavrado o Ato de Exclusão do Simples Nacional (fls. 389), tendo sido a Contribuinte devidamente intimada e que, uma vez impugnado o feito fiscal, deverá ser examinado pelo órgão julgador administrativo o lançamento que deu origem à exclusão, ficando os efeitos desta, suspensos até o trânsito em julgado na esfera administrativa.

Depreende-se da Lei Complementar nº 123/06 e da Resolução CGSN nº 15/07 que, apurada a saída desacobertada, há de se promover a exclusão do regime simplificado:

### Lei Complementar nº 123/06:

Art. 2º - O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

(...)

§ 6º - Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

(...)

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;

(destacou-se).

(...)

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;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XI - houver descumprimento 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.

(...)

§ 5º - A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

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

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

II - poderá ser feita por meio eletrônico, observada a regulamentação do CGSN.

(...)

Art. 33 - A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 3º - O valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização.

(...)

Art. 39 - O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (grifou-se)

(...)

O Comitê Gestor do Simples Nacional disciplinou a exclusão do Simples Nacional na Resolução CGSN nº 15/07:

Art. 1º - Esta Resolução regulamenta a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Art. 2º - A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa (ME) ou da empresa de pequeno porte (EPP) optante.

(...)

Art. 4º - A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

(...)

§ 3º - Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º - A - Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

(...)

§ 4º - A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 5º - O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 5º - A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

XIII - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto no caput do art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007; (Incluído pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

(...)

Art. 6º - A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

VI - nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5º, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

Em face das vendas sem emissão de documento fiscal, os efeitos da exclusão são os previstos no inciso VI do art. 6º da citada Resolução, ou seja, a exclusão se dará a partir do próprio mês em que incorridas as causas que ensejaram a exclusão.

Conforme planilha com o demonstrativo do crédito tributário às fls. 22 dos autos, o Fisco apurou saídas desacobertadas a partir de janeiro de 2010.

Cabe ressaltar ainda, que conforme informado pelo Fisco, o ICMS deve ser exigido sem os benefícios do sistema simplificado, conforme determinação do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

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**; (grifou-se).

Quanto ao Acórdão reproduzido pela Defesa (19.093/11/2ª), cabe salientar que o procedimento fiscal foi considerado nulo sendo um dos motivos, a falta de intimação da Contribuinte acerca da exclusão do Simples Nacional.

Veja-se o seguinte trecho:

*“Neste ponto destaca-se que existe no presente processo um termo de exclusão (fls. 37)”. Contudo, para que este termo cumprisse os efeitos ditados pela Resolução e o Estado pudesse dar sequência aos passos anteriormente apontados, deveria o contribuinte ser regularmente intimado. Neste sentido, veja-se que não há qualquer prova nos presentes autos de que a ora Impugnante tenha recebido este termo, dele tido ciência e, conseqüentemente, oportunidade para se defender da exclusão do regime do Simples Nacional.*

*O termo de fls. 37, apesar de ter campo próprio para ciência da empresa, não está assinado ou mesmo datado.*

*Os Avisos de Recebimento constante dos autos (fls. 38,39 e 40) apenas dizem respeito ao Auto de Infração conforme pode ser verificado no campo assunto.*

*Neste diapasão, não foi cumprido requisito de validade do ato administrativo de exclusão, qual seja, ciência do termo de exclusão à micro ou pequena empresa pelo ente federativo que iniciou o processo de exclusão.*

*Não tendo sido a Impugnante intimada de sua exclusão, também não teve a oportunidade de impugnar o termo, este apenas se tornaria efetivo quando a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.”*

Saliente-se ainda, que o referido Acórdão considerou o lançamento inquinado de nulidade, também pela falta de publicação da exclusão no portal do Simples Nacional, conforme excerto:

*“Além disto, a exclusão de ofício não foi registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo Fisco Mineiro e, como determina o § 4º do art. 2º da Resolução CGSN n.º 15/07, os efeitos da exclusão são condicionados a esse registro.*

*Portanto, não tendo ficado caracterizada a correção da exclusão do Simples Nacional no caso em tela, não poderia o Fisco lavrar o presente Auto de Infração que exige justamente os valores relativos aos efeitos da exclusão, quais sejam, os valores do ICMS nos termos da legislação geral de regência do imposto.”*

Contudo, cabe ressaltar que tal decisão foi tomada pelo voto de qualidade, pelo que, entende-se importante trazer aqui os seguintes trechos do voto vencido:

*“O registro da exclusão no Portal do Simples Nacional na internet, como preconiza o § 4º do art. 4º da Resolução CGSN nº 15/07, é ato administrativo que visa à publicidade e que tem efeito similar à própria publicação da decisão do órgão administrativo julgador do ente da federação que procedeu a exclusão.”*

Portanto, em face do exposto, tendo sido constatadas saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, correta a exclusão efetuada pelo Fisco.

### **Da Sujeição Passiva**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi inserido como Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável solidário, o sócio administrador Ivandro Merlo, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Os Impugnantes alegam que praticar atos com excesso de poderes não diz respeito simplesmente ao não pagamento de tributos, em razão de incapacidade financeira, e nem tampouco, decorre do mero inadimplemento ocasionado pelo equívoco da Contribuinte, conforme Súmula nº 430 do STJ.

Afirmam também que praticar infração à lei, contrato social ou estatuto também não se evidencia quando não se paga tributo pela ausência de numerário em caixa, e que tal responsabilização deve estar lastreada em amplo conjunto probatório, sendo insuficiente a simples presunção.

Concluem que é ilegal a inclusão do sócio no polo passivo, visto que não restou caracterizada qualquer infração ao art. 135 do CTN e ao art. 21 da Lei nº 6.763/75.

Já o Fisco, por sua vez, salienta que a inclusão do sócio administrador no polo passivo da obrigação tributária foi efetivada em face de omissões e/ou atos praticados pelo mesmo, contrariamente à lei, que redundaram em reiteradas saídas desacobertas de documentação fiscal com a consequente supressão do tributo devido.

Afirma o Fisco que a Autuada, capitaneada por seu sócio administrador, mantinha em seu estabelecimento um verdadeiro arsenal de sistemas gerenciais paralelos que controlavam todas as atividades realizadas e que, assim, tinha total controle das operações praticadas e, deliberadamente, informava ao Fisco apenas uma pequena parte destas (cerca de 40%), com o firme propósito de sonegar e burlar o Erário.

Acrescenta que somente no período de apuração deste Auto de Infração, dos mais de quatro milhões e trezentos mil reais faturados e devidamente registrados nos controles extrafiscais da Autuada, apenas pouco mais de um milhão e duzentos mil reais foram registrados nos livros fiscais e informados ao Fisco através dos documentos próprios.

Assevera que isso é simulação por excelência, feita com o ânimo inquinado a praticar o ato antijurídico e com o único objetivo de fraudar o Erário e que, por si só, caracteriza a prática de ato com infração de lei, configurando, em tese, crime contra a ordem tributária.

Assim, pelas informações constantes dos autos, correta a eleição do sócio administrador para o polo passivo, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

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:

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Também em preliminar, por maioria de votos, em indeferir o pedido de perícia. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que o deferia. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, devendo ser excluídas as exigências correspondentes aos itens caracterizados como prestação de serviços, nos valores apontados às fls. 1.292. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que excluía, ainda, o Coobrigado. Em seguida, à unanimidade em julgar procedente o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Renato de Magalhães e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além do signatário e da Conselheira vencida, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Orias Batista Freitas.

**Sala das Sessões, 24 de setembro de 2013.**

**José Luiz Drumond  
Presidente / Relator**

D

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

---

Acórdão:	21.162/13/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000179434-59	
Impugnação:	40.010133099-35, 40.010133193-45 (Coob.)	
Impugnante:	IM Car Revestimentos Automotivos Ltda. - EPP IE: 062030053.00-80 Ivandro Merlo (Coob.) CPF: 067.442.598-73	
Coobrigado:	Ivandro Merlo CPF: 067.442.598-73	
Proc. S. Passivo:	Renato de Magalhães/Outro(s)	
Origem:	DFT/Belo Horizonte	

---

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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.

**Da Perícia**

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial e, para tanto, formula os quesitos de 1.214 e 1.350/1.351.

Já o Fisco, afirma ser totalmente desnecessária a produção da prova pericial pretendida, que o trabalho fiscal realizado, embora robusto e volumoso, consistiu na mera apuração das saídas desacobertadas de documento fiscal, obtidas mediante o somatório dos valores do faturamento constante em documento extrafiscal (gerenciamento de vendas) e a exclusão dos valores registrados e informados ao Fisco, e que tudo está devidamente comprovado nos autos.

Contudo, para apuração do crédito tributário com a certeza e liquidez demandada pela legislação tributária, é necessário, no caso dos autos, verificar quais os valores lançados nos documentos extrafiscais passíveis de tributação pelo ICMS.

Assim, a perícia solicitada se mostra necessária, pois os autos não contêm elementos suficientes para o deslinde da controvérsia.

No caso presente, constata-se que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Defendente não se revelam suficientes para a perfeita elucidação da questão.

O Auto de Infração refere-se à apuração de saídas desacobertadas de documento fiscal, obtidas mediante o somatório dos valores do faturamento constante



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em documento extrafiscal (gerenciamento de vendas) e a exclusão dos valores registrados e informados ao Fisco.

Nesses mesmos documentos extrafiscais fica patente a realização pela empresa de prestação de serviço e, é exatamente este ponto, que merece uma maior pesquisa na busca da verdade real.

Os primeiros quesitos trazidos pela Defesa (fl. 1.214) dizem respeito à apuração do imposto efetuado pelo Fisco com base nas informações constantes nas planilhas de controle interno, que foram copiadas nos arquivos digitais existentes em computadores no estabelecimento do Contribuinte, a saber:

1 - poderia o Sr. Perito explicar, detalhadamente, qual é a especificidade do produto NCM 94019090?

2 - no caso, qual (ais) a (s) alíquota (s) aplicada (s) ao produto NCM 94019090?

3 - queira o Sr. Perito explicar sucintamente como foi realizado o cálculo do tributo, por amostragem, realizado pelo I. Agente Fiscal, bem como dizer se foi correto o cálculo, sendo certo que as planilhas extrafiscais não foram filtradas por ano antes de serem utilizadas. Justifique.

4 - poderia o Sr. Perito esclarecer se todos os campos alimentados, nas planilhas extrafiscais, são geradores do ICMS e ICMS-ST? Justifique.

Já no caso dos quesitos de fls. 1.350/1.351, apresentados na segunda manifestação da Impugnante nos autos, são todos a respeito da capacidade de produção do estabelecimento autuado.

Portanto, a resposta a todos os quesitos formulados pode contribuir para a apuração do crédito tributário, bem como para a certeza de que as exigências formuladas no lançamento que ora se aprecia estão corretas e refletem a realidade.

Esta situação fica ainda mais clara no caso dos quesitos adicionais trazidos na manifestação em atendimento ao despacho interlocutório exarado pela 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, tem-se que são indagações a respeito da capacidade produtiva do estabelecimento autuado.

A Impugnante até procura juntar aos autos relatório técnico para a aferição da capacidade de produção do estabelecimento no período autuado. Contudo, este relatório traz ainda mais dúvidas aos autos que poderiam ser até mesmo esclarecidas pelos próprios técnicos que o elaboraram.

Pelo exposto, na forma prevista no art. 142 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que abaixo se transcreve, deve ser deferida a prova pericial que trará aos autos informações que demandam um conhecimento não exigido do julgador:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

.....  
Deste modo, entendo que a perícia contribuiria para o deslinde da questão e a Câmara poderia completar o pedido da Impugnante formulando quesitos e, portanto, a defiro.

### **Do Mérito**

Inicialmente é importante destacar que a divergência posta neste voto cinge-se apenas à questão da sujeição passiva e da aposição do Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária. Não há qualquer divergência quanto à questão de mérito propriamente dita.

Foi inserido como Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável solidário, o sócio administrador Ivandro Merlo, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Veja-se que a Instrução Normativa SCT n.º 001, de 03 de fevereiro de 2006, norma estadual que trata da inclusão de sócio da empresa como Coobrigado apenas nos casos de encerramento irregular de atividades e não em casos de bloqueio:

#### **CAPÍTULO II**

#### **FORMALIZAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE CONTRIBUINTE CUJAS ATIVIDADES FORAM ENCERRADAS IRREGULARMENTE**

Art.3º A formalização de crédito tributário, mediante Auto de Infração (AI) e Notificação de Lançamento (NL), de responsabilidade de contribuinte que desapareceu ou não mais exerce suas atividades no endereço por ele indicado, será antecedida do cancelamento da inscrição estadual respectiva, de acordo com a norma prevista no art. 108, alíneas "b" e "c" do inciso II do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto n.º 43.080, de 13 de dezembro de 2002, na forma do § 3º do referido artigo, observando-se, ainda, o seguinte:

I - os sócios-gerentes, diretores ou administradores serão identificados no AI ou na NL na condição de coobrigados pelo crédito tributário;

II - cópias dos documentos de cancelamento da inscrição estadual deverão ser autuadas ao PTA.

(grifos não constam do original)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos não está comprovado o encerramento irregular das atividades da Impugnante. Ao contrário, não se tem qualquer discussão no sentido de que a Impugnante esteja funcionando normalmente. Nesta hipótese, não devem ser apostos os sócios como coobrigados ao crédito tributário.

Atente-se para a decisão do Supremo Tribunal Federal que trata da questão, *in verbis*:

### “EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE

A TURMA ENTENDEU SER CABÍVEL O REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL E SEUS CONSECUTÓRIOS LEGAIS AO SÓCIO-GERENTE DE EMPRESA QUANDO DEMONSTRADO TER ELE AGIDO COM EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO À LEI, OFENSA AO ESTATUTO OU NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. SEGUNDO O ENTENDIMENTO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL, PRESENTES MEROS INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE, ATESTANDO TER A EMPRESA ENCERRADO SUAS ATIVIDADES IRREGULARMENTE, HÁ QUE SER DETERMINADO O REDIRECIONAMENTO (ART. 135 DO CTN) E POR MOTIVO MAIOR, NO PRESENTE CASO, DADA A PROVA DE CONDENAÇÃO EM CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. RESP 935.839-RS, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, JULGADO EM 5/3/2009.”

Ademais, a oposição do Coobrigado é fundada em dispositivo que exige prova que não foi produzida nos autos. Neste sentido importa observar a regra contida no inciso II do § 2º do art. 21 da Lei n.º 6.763/75, *in verbis*:

#### SEÇÃO IV

#### Da Responsabilidade Tributária

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.

.....

Praticar atos com excesso de poderes não diz respeito simplesmente ao não pagamento de tributos, em razão de incapacidade financeira, e nem decorre do mero inadimplemento ocasionado pelo equívoco da Contribuinte.

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Analisando as imputações fiscais já fica destacada estar a mesma intimamente afeta à empresa eleita como sujeito passivo principal no presente Auto de Infração e não ao Coobrigado.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir o Coobrigado.

**Sala das Sessões, 24 de setembro de 2013.**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão  
Conselheira**

CC/MIG