

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.333/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000193707-66
Impugnação: 40.010134941-55
Impugnante: Deltamarcas Comércio de Produtos Naturais Ltda. - EPP
IE: 001072747.00-86
Coobrigados: Gustavo André de Oliveira
CPF: 908.550.600-00
Rafael Vidal de Oliveira
CPF: 631.709.060-20
Proc. S. Passivo: Kiellen Santos Zimmermann da Silva
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos subsidiários extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada com as notas fiscais emitidas no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação, art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Corretas as exigências do ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatou-se, mediante documentos subsidiários extrafiscais (pedidos) apreendidos em 07/07/11 por meio do TAD nº 038600, série 01, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de 01/07/08 a 18/08/09.

A irregularidade foi apurada por meio de confronto entre as informações constantes dos referidos pedidos, as notas fiscais emitidas pela Contribuinte (séries “C”

e “D”), relacionadas no Anexo 2, e os valores da receita bruta contidos nas Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN).

Em virtude da irregularidade descrita foi lavrado Termo de Exclusão do Simples Nacional, do qual a Contribuinte foi notificada juntamente com este Auto de Infração, com Avisos de Recebimento distintos, dando-lhe ciência de sua exclusão do regime diferenciado de apuração, nos termos do art. 29, incisos V e XI, §§1º, 3º e 9º da Lei Complementar nº 123/06 e do art. 75, §§1º e 2 da Resolução CGSN nº 94/11.

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

Inconformado, o Sujeito Passivo apresenta, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 884/900 e junta documentos de fls. 901/1.371.

O Fisco se manifesta às fls. 1.376/1.386.

DECISÃO

Saída desacobertada de mercadoria – documento subsidiário extrafiscal

Conforme relatado, constatou-se, mediante documentos subsidiários extrafiscais (pedidos) apreendidos em 07/07/11, por meio do TAD nº 038600, série 01, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de 01/07/08 a 18/08/09.

O procedimento fiscal utilizado, ao confrontar a documentação extrafiscal (documentos subsidiários) com a documentação fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso I da Parte Geral 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;

(...)

Com as informações consignadas na documentação subsidiária (pedidos), apreendida no estabelecimento autuado, o Fisco apurou saídas reais e confrontou com os valores de faturamento declarados nas notas fiscais emitidas pela Contribuinte (séries “C” e “D”), relacionadas no Anexo 2, observando-se, ainda, os valores da receita bruta contidos nas Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN).

As alegações da Autuada de cumprimento de suas obrigações fiscais e desenvolvimento de sua atividade dentro da legalidade não se confirmam na instrução processual, vez que é notório o descumprimento da legislação de regência.

As obrigações de emitir documentos fiscais nas saídas de mercadorias encontram-se previstas no art. 16, inciso III da Lei nº 6.763/75 e no art. 96, inciso X da Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

III - exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;

RICMS/02

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

X - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;

A obrigação tributária acessória de movimentar mercadorias somente quando acobertadas de documentação fiscal encontra-se, ainda, prevista no § 1º do art. 39 da Lei nº 6.763/75:

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

No caso, os pedidos, que não foram contestados enquanto documentação subsidiária da Autuada, sem correspondência em documentos fiscais, caracterizam ilícito fiscal-tributário.

A Impugnante, ao longo de sua peça de defesa, tenta desqualificar o lançamento tributário sob diversas alegações, muitas sem qualquer vinculação com as acusações fiscais, por exemplo, o debate sobre a não tributação de operações em transferência, e outras que reforçam a própria autuação, por exemplo, o reconhecimento da validade dos pedidos com tentativa de desqualificá-los enquanto legítimos para caracterização de fato gerador do ICMS.

A operação realizada entre estabelecimentos (transferência), não é objeto do lançamento em análise, mas ainda assim as alegações da Impugnante são falhas.

Na fl. 887 afirma que *“as operações de envio de mercadorias da empresa CRV Distribuidora e Telemarketing Ltda, CNPJ 12.122.567/0001-10 para Impugnante, ocorria em remessa em consignação, com ICMS recolhido por ST antecipadamente, emitindo-se nota de retorno desta mercadoria, onde então efetuava a venda ao consumidor final”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, nos documentos apresentados pela Impugnante às fls. 909/1026, tem-se cópias de notas fiscais de entrada, com natureza da operação “Transferência para Comercialização”, CFOP 6152, ou Uso e Consumo, CFOP 6557, com a observação “não gera crédito do ICMS – Empresa optante do SN”.

Portanto, referida documentação, além de não guardar vínculo com o objeto da autuação, não é coerente com as próprias alegações da defesa, vez que sequer apresentou uma única nota fiscal de remessa em consignação para a Impugnante que, por sua vez, não emitiu nenhuma nota fiscal de retorno de remessa em consignação, desconstituindo a desconexa alegação.

Quanto ao cerne da autuação cabe expor a metodologia de cálculo utilizada pelo Fisco para apurar a base de cálculo, o valor do tributo devido e as multas.

O Auto de Infração foi lavrado com base na comparação entre os valores reais de venda (pedidos) e os valores constantes, da documentação fiscal, conforme demonstrado no Anexo 3 (fls. 563/567).

Os dados da escrita fiscal constam do Anexo 2 (fls. 124/129), quais sejam as notas fiscais de série C e série D, e do Anexo 5 (fls. 568/626), onde contam as DASN de 2007, 2008 e 2009.

Demonstrou-se que todas as notas fiscais emitidas pela Impugnante no período foram relacionadas e consideradas para abatimento e apuração da base de cálculo do ICMS devido, não restando dúvida em relação ao total apurado das saídas desacobertas de documento fiscal.

Na planilha intitulada Consolidação da Apuração da Base de Cálculo (fls. 564), o Fisco apontou, mês a mês, o montante das saídas desacobertas de mercadorias (coluna “Base de Cálculo Apurada”), abrangendo todo o período autuado.

Sobre a base de cálculo aplicou-se a alíquota de 18% (dezoito por cento), apurando-se o ICMS e multas aplicáveis. Dessa forma o que se vê é que o procedimento de quantificação do crédito tributário levado a efeito pelo Fisco é adequado, não merecendo reparo.

A documentação subsidiária, retratada nos Anexos 1, 6 e 9 do Auto de Infração, constitui prova robusta e suficiente para caracterização da infração e validação da documentação subsidiária.

Referida documentação foi apreendida no estabelecimento da Autuada, conforme a observação número 2 do Auto de Infração (fls. 11), a seguir transcrita:

“1) A deslacrção das caixas contendo a documentação extrafiscal apreendida no estabelecimento da Autuada foi realizada no recinto da Delegacia Fiscal de Trânsito de Belo Horizonte – DFT/BH, em 10/08/2011, na presença da representante legal da empresa, Sra. Camila Bianca Jagger Freitas dos Santos (procuração anexa), emitindo-se o Auto de Deslacrção com a descrição dos itens apreendidos, documentos que compõem o Anexo 7.

2) Os pedidos apreendidos estão em nome da CRV de Produtos Naturais do Brasil Ltda., antiga razão social da Autuada, e contêm o seu contato telefônico das Televendas e o endereço eletrônico. No cabeçalho dos pedidos emitidos, pela empresa CRV de Produtos Naturais do Brasil, consta o CNPJ 82.212.143/0001-21 do estabelecimento matriz, localizado em Curitiba/PR, ou o CNPJ 82.212.143/0005-55 da filial da Autuada, além de todos os dados relativos às vendas efetuadas, como: nome do cliente, endereço, descrição dos produtos, valores (unitário e total), forma de pagamento (dinheiro ou cartão), vendedor, forma de entrega (motoboy ou correio), data de entrega, data e número do pedido, e assinatura do receptor do produto, quando da entrega motoboy.”

A busca e apreensão foi realizada com base no art. 49, § 3º, inciso II da Lei n.º 6.763/75, que prescreve:

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

(...)

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

(...)

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

Percebe-se que a documentação subsidiária (pedidos) possui informações objetivas, com riqueza de detalhes, inclusive em relação à entrega e ao pagamento.

Sem qualquer contribuição na perspectiva de afastar a acusação fiscal a Impugnante junta ao PTA documentos fiscais de saída, já anexados anteriormente pelo Fisco, que foram, na sua totalidade, considerados para efeito de apuração da base de cálculo do ICMS devido, conforme verifica-se no Anexo 2, “Cópias das notas fiscais emitidas pelo contribuinte” (fls. 124/562).

Assim, a Impugnante não traz nenhuma prova documental diversa daquela já levantada e considerada pelo Fisco.

Não conseguiu a Impugnante, comprovar, em nenhum momento, que emitiu documento fiscal que acobertaria as saídas que realizou por meio dos pedidos apreendidos e autuados no PTA, trazendo apenas vagas alegações.

A apreensão no estabelecimento da autuada dos documentos subsidiários (pedidos), caracterizando o efetivo local das operações e pagamentos, em face de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ausência de notas fiscais emitidas para acobertarem as referidas saídas, comprova a acusação de saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal.

Da instrução processual depreende-se a descrição clara e precisa dos fatos que motivaram a autuação fiscal, as circunstâncias em que foram praticados, os dispositivos infringidos e as penalidades cominadas, bem como a apuração e demonstração do valor exigido.

Assim, diante da obrigatoriedade de não se omitir quando constatado o não recolhimento de tributos devidos, agiu corretamente o Fisco.

Os arts. 142 e 194 do Código Tributário Nacional c/c os arts. 42 e 50 da Lei nº 6.763/75 não só amparam a ação do Fisco como exigem comportamento ativo em razão da vinculação administrativa da atividade de lançamento, prevista especificamente no parágrafo único do art. 142, *in verbis*:

Código Tributário Nacional

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.

(...)

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Lei nº 6.763/75

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

(...)

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

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

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.

Excusão do regime simplificado – Simples Nacional – decorrente da saída desacobertada de mercadorias

Ressalta-se que o Fisco emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional, por ter verificado a prática reiterada de infração conforme disposto na Lei Complementar nº 123/06, qual seja a falta de emissão regular de documentos fiscais na saída de mercadorias.

Analisa-se as disposições da Lei Complementar nº 123/06, com os dispositivos da norma, aplicáveis ao caso concreto:

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;

(...)

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

(...)

§ 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 deste artigo, a pessoa jurídica será notificada pelo ente federativo que promoveu a exclusão.

§ 7º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a notificação de que trata o § 6º deste artigo poderá ser feita por meio eletrônico, com prova de recebimento, sem prejuízo de adoção de outros meios de notificação, desde que previstos na legislação específica do respectivo ente federado que proceder à exclusão, cabendo ao Comitê Gestor discipliná-la com observância dos requisitos de autenticidade, integridade e validade jurídica.

O Comitê Gestor do Simples Nacional disciplinou a exclusão do Simples Nacional na Resolução CGSN nº 94/11, a saber:

Seção IX

Da Exclusão

Subseção I

Da Exclusão por Comunicação

Art. 73. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

(...)

c) incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXV do art. 15, hipótese em que a exclusão: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, inciso II)

(...)

§ 1º A comunicação prevista no caput será efetuada no Portal do Simples Nacional, em aplicativo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

próprio. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, § 2º)

Art. 76 A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

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

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de dois ou mais períodos de apuração consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento em um ou mais procedimentos fiscais;

(...)

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, abaixo transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação da Contribuinte, a saber:

Lei Complementar nº 123/06:

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, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11:

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

I - da RFB;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

Comprovada a realização de prática reiterada de descumprimento da legislação tributária, conforme anteriormente demonstrado, correta a exclusão do Impugnante do regime do Simples Nacional.

Sujeição passiva

Foram inseridos como Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável solidário, o sócio administrador contemporâneo à dissolução irregular da empresa, Rafael Vidal de Oliveira, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e o sócio administrador à época dos fatos geradores, Gustavo André de Oliveira, 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.

Aqui cabe destacar que a inscrição estadual da Autuada foi cancelada em 12/06/12, em virtude de seu desaparecimento, conforme telas do sistema SICAF, constantes do Anexo 8 (fls. 649/650).

Diante do referido desaparecimento, a inclusão dos sócios administradores no polo passivo da obrigação tributária foi efetivada, considerando-se o período de vinculação (vide telas do sistema SICAF e alterações contratuais, constantes do Anexo 8 (fls. 651/667), em face de omissões e/ou atos praticados pelos mesmos, contrariamente à lei, que redundaram em reiteradas saídas desacobertadas de documentação fiscal com a consequente supressão do tributo devido.

Assim, pelas informações constantes dos autos, correta a eleição dos sócios administradores para o polo passivo, 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:

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

(...)

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

(...)

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 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 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 21 de janeiro de 2014.

**Antônio César Ribeiro
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

D