

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.316/14/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000207921-72
Impugnação: 40.010135422-57
Impugnante: Ana Paula Pinheiro Alves - ME
IE: 073130633.00-30
Coobrigado: Sinelson da Silva Maia
CPF: 815.545.836-91
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. O Coobrigado 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, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75

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. **Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação, art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, com adequação ao disposto no § 2º, todos da Lei nº 6.763/75.**

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas 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.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2009 à maio de 2013, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado, com as saídas declaradas ao Fisco pela Autuada.

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 666/678, contra a qual o Fisco manifesta-se às fls. 692/701.

DECISÃO

Da Preliminar de Nulidade

Relativamente à alegação do cerceamento de defesa, é fato, que a Contribuinte exerceu de forma regular e tempestiva o seu direito de contestação.

Nota-se que no presente caso, o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Não é o fato de a Autuada discordar da infringência que lhe é imputada, que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela, comprovar as suas alegações.

Sem razão a defesa, no entanto, uma vez que o lançamento contém todos os elementos previstos no Código Tributário Nacional, bem como atende plenamente as regras postas no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA (Decreto Estadual nº 44.747/08).

As infrações encontram-se devidamente caracterizadas nos autos, a capitulação dos dispositivos infringidos encontra-se correta e todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos na legislação foram observados.

Importante ressaltar que a metodologia utilizada para apurar as vendas desacobertadas é tecnicamente idônea, normatizada no art. 194 do RICMS/02.

Quanto à intimação do Coobrigado vale observar à ciência pessoal, recebimentos da 2ª via do Auto de Infração, foi registrada às fls. 11.

Ressalta-se, por fim, quanto às demais razões apresentados pela Impugnante para arguir a nulidade do lançamento, que elas se confundem com o próprio mérito do trabalho fiscal e serão analisadas no momento oportuno.

Assim, rejeita-se o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Do Pedido de Perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto formula os quesitos de fls. 676.

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.

Assim, a perícia, 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.

Todavia, o exame pericial no presente caso, mostra-se absolutamente desnecessário, na medida em que os quesitos propostos têm respostas no conjunto probatório acostado aos autos e na legislação de regência do imposto.

Além disso, os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação das questões postas.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG). (GRIFOU-SE)

Assim, indefere-se a prova requerida com fundamento no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do 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:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas; (Grifou-se)

(...)

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária face aos fundamentos e documentos constantes dos autos.

O procedimento fiscal que resultou na apuração de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, teve como objeto a auditoria fiscal dos documentos fiscais de saída de mercadorias e consistiu especificamente na conferência da regularidade na emissão de documentos fiscais próprios para acobertar as saídas de mercadorias promovidas pela Autuada (cupons fiscais e notas fiscais). Estes documentos foram confrontados com os dados dos registros eletrônicos copiados do computador e com os “comprovantes de vendas” apreendidos no estabelecimento da Contribuinte.

Desse modo, conclui-se que a perícia contábil requerida em nada alteraria o resultado da decisão.

Portanto, rejeita-se o pedido de perícia.

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais com a escrituração fiscal da Autuada.

A ação fiscal iniciou-se com a apreensão de documentos em meio físico e magnético, sendo um “DVD” de dados com o arquivo BOCANAPA_SIAC.RAR, pedidos de vendas, compreendendo os exercícios de 01/01/09 a 31/05/13.

Com as informações consignadas nos documentos extrafiscais, o Fisco apurou o montante de saídas reais, deduzindo as saídas regularmente acobertadas por documentação fiscal.

As totalizações mensais do faturamento extrafiscais transcritas do arquivo magnético para a planilha denominada comparativo entre receita declarada e receita extrafiscal foram cotejadas com o faturamento declarado pela Autuada no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional PGDAS no mesmo período apontando uma saída não declarada e não oferecida à tributação.

Pelo fato da Contribuinte apresentar recolhimentos antecipados por ICMS/ST, foi calculado o percentual de vendas tributadas e declaradas no PGDAS mensalmente e aplicado os mesmos índices destas no montante das vendas extrafiscais para apurar as vendas tributadas e desacobertas.

Relativamente à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6763/75, tal multa foi exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento). Registre-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6763/75, equivalente no caso à cobrança de multa igual a duas vezes e meia o valor do imposto exigido.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

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*:

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.

Tem-se, no caso concreto, que a ação fiscal teve início em 18/06/13, com a apreensão de documentos, por meio do Auto de Apreensão e Depósito — AAD - nº

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

008972 (fls. 05), nos quais foram detectadas as irregularidades descritas no Auto de Infração em análise.

Nos documentos extrafiscais apreendidos pela Fiscalização são descritas as vendas realizadas diariamente no estabelecimento.

A Fiscalização procedeu o confronto das saídas de mercadorias constantes nestes documentos com os documentos fiscais emitidos pela Contribuinte, conforme planilha anexa às fls. 16/19. Diante da constatação de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, foi estabelecido o lançamento em questão.

Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

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 desacoberta de documento fiscal;

No que se refere à alegação da Autuada de que a penalidade imposta é ilegal e abusiva, ressalte-se que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que estão expressamente previstas na Lei nº 6763/75.

Ademais, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais está adstrito, dentre outras normas, a do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, 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.

No que tange o caráter confiscatório da multa isolada aplicada, a suposta infringência ao princípio da vedação ao confisco, não se inclui na competência do órgão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Julgador a negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, conforme o disposto no art. 182 da Lei nº 6763/75, *in verbis*:

Art. 182. 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 consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

Dessa forma, estando presentes no Auto de Infração todos os requisitos e pressupostos necessários a sua formalização, e como a Impugnante não trouxe aos autos argumento ou elemento que pudesse acarretar a nulidade do lançamento ou a sua modificação, conclui-se que exigências fiscais consubstanciadas no Auto de Infração em comento estão corretas.

Alega a Impugnante ser improcedente a inclusão do Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, entretanto, foi corretamente inserido como Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável solidário, o Sr. Sinelson da Silva Maia, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do CTN, *in verbis*:

CTN

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

(...)

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

(...)

Lei nº 6763/75

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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.

Ressalta-se que o Fisco emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional, (fls. 664), 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, 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.

§ 7º (REVOGADO)

§ 8º A notificação de que trata o § 6º aplica-se ao indeferimento da opção pelo Simples Nacional.

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 XXVI do art. 15, hipótese em que a exclusão: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, inciso II)

1. deverá ser comunicada até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência da situação de vedação; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, § 1º, inciso II)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2. produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação; (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 31, inciso II)

(...)

§ 1º A comunicação prevista no caput será efetuada no Portal do Simples Nacional, em aplicativo próprio. (Lei Complementar n° 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 n° 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 n° 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN n° 94/11, transcritos a seguir, 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 n° 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

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.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, também à unanimidade, em julgar procedente o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 11 de março de 2014.

José Luiz Drumond
Presidente

Orias Batista Freitas
Relator

M/T