

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.889/18/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000730357-08
Impugnação: 40.010144033-91
Impugnante: Duflair Carvalho Cabral - ME
IE: 002031700.00-63
Coobrigado: Duflair Carvalho Cabral
CPF: 093.373.386-02
Proc. S. Passivo: Wesley Silva Monteiro/Outro(s)
Origem: DF/Varginha

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA – PRESUNÇÃO - MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado que a Autuada deixou de registrar notas fiscais de entrada de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Infração apurada por meio de cruzamento de dados de arquivos eletrônicos (Sintegra), transmitidos pelos Contribuintes fornecedores, com os arquivos da escrita fiscal da Autuada. Legítima a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal por força das disposições do art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75. Por tratar-se de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exigência apenas da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso, II da referida lei.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS – LIVRO REGISTRO DE ENTRADA. Constatada a falta de escrituração de documentos fiscais de aquisição de mercadorias no Registro de Entradas s. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Entretanto, tendo em vista que a imputação em análise encontra-se vinculada à manutenção da exigência da penalidade isolada em razão da saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, aplica-se ao caso a hipótese de conexão prevista no art. 211 do RICMS/02 e exclui-se a referida penalidade.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, inciso V e XI, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c os arts. 75 e 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos meses de janeiro de 2013 a março de 2017, em decorrência da falta de registro, nos livros fiscais, de notas fiscais referentes a mercadorias destinadas à revenda, cujas respectivas operações foram informadas pelos estabelecimentos remetentes por meio dos arquivos eletrônicos Sintegra (documentos fiscais listados no Anexo II do Auto de Infração, às fls. 09/40).

Irregularidade imputada à Autuada com fulcro na presunção legal prevista no art. 51, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (igual teor ao disposto no inciso I do § 5º do art. 194 do RICMS/02).

Exige-se apenas a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, tendo em vista que o Fisco informa que o ICMS referente às mercadorias adquiridas foi recolhido nas operações anteriores por substituição tributária.

Exige-se, ainda, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, da Lei nº 6.763/75, devido à falta de escrituração das referidas notas fiscais.

Trata, ainda, o lançamento da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), em razão do cometimento da infração que ensejou a autuação relatada (saídas de mercadorias sem documento fiscal). O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 84/85.

Além da empresa, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária o titular da empresa autuada (empresa individual) nos termos do disposto no art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75.

Regularmente intimada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 91/99.

Em síntese, pleiteia a Impugnante a redução das multas cominadas ou sua relevação, arguindo ser empresa individual e de pequeno porte, desde 19/09/12, com atividade econômica principal de comércio varejista de bebidas, vendendo água mineral, chocolates, confeitos, balas, bombons, produtos de limpeza e bebidas, e que pratica margem de lucro pequena.

Assevera que a empresa autuada está instalada no Município de Eloi Mendes, cidade de pequeno porte, localizada no sul do estado de Minas Gerais e que, até então, não tinha sofrido nenhuma autuação fiscal.

Argui que as penalidades aplicadas são confiscatórias, requerendo que seja deferida a possibilidade de quitação das multas por meio do programa Regularize, cumulativamente com as reduções legais previstas para pagamento dentro dos 10 (dez) primeiros dias após o recebimento do Auto de Infração.

Ao final, pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 110/112, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Não obstante, às fls. 115 dos autos consta o Termo de Rerratificação de nº 0366/2017 pelo qual a Fiscalização retifica a data inicial dos efeitos da exclusão da Autuada do Simples Nacional, anteriormente identificada como 1º de maio de 2012, para constar como período do desenquadramento o período de 01/01/14 a 31/10/16 e a partir de 01/01/17.

Os Autuados são devidamente intimados da referida rerratificação (fls. 116/117), mas não se manifestam. Insta mencionar que o equívoco constante da intimação de fls. 116, quanto a data inicial dos efeitos da exclusão, em nada prejudica, haja vista o encaminhamento do Termo de Rerratificação de nº 0366/2017 juntamente a esse documento.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 123/142, opina pela procedência parcial do lançamento para excluir a Penalidade Isolada prevista no inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75, em face da conexão prevista no art. 211 do RICMS/02, e pela procedência da exclusão da Autuada do Simples Nacional.

DECISÃO

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

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, por presunção legal, em decorrência da falta de registro de notas fiscais, referentes a mercadorias destinadas à revenda, cujas respectivas operações foram informadas pelos estabelecimentos remetentes.

Instruem os autos, o Auto de Infração – AI (fls. 02/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 05); Anexo I: Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 06/08); Anexo II: Relação de NF-e não registradas (fls. 09/40); Anexo III: Documentos de Fornecedores – amostragem (fls. 41/56); Anexo IV: Receita Bruta declarada (fls. 57/59); Anexo V: livro de Registro de Inventário (fls. 60/66); Anexo VI: livro de Registro de Entradas – amostragem (fls. 67/82); tela de Consulta Interna de Débitos Tributários (fls. 83); Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 84/85); Recibo de Devolução de documentos – 0235/217 (fls. 86/90).

Assim, as notas fiscais não registradas, base do lançamento fiscal, encontram-se relacionadas na planilha de fls. 09/40 (Anexo II: Relação de NF-e não registradas).

Explica a Fiscalização que, após cruzamento das informações repassadas pelos remetentes das mercadorias com a escrita fiscal da Autuada, constatou-se que a empresa autuada apresentava um faturamento (receitas declaradas às fls. 57/59) bem menor que o valor das notas fiscais eletrônicas a ela destinadas, em relação às quais os remetentes apresentaram ao Fisco comprovações do pagamento e da entrega de mercadorias (documentos colacionados às fls. 41/56 - Anexo III: Documentos de Fornecedores – amostragem), comprovando-se, dessa forma, a prática reiterada de não registro da maior parte das operações de entrada de mercadorias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Considerando a premissa de que as operações entraram tributadas por substituição tributária, houve exigência apenas da multa isolada. Também, para fins de definição do valor de operação, a Fiscalização considerou como valor das saídas das mercadorias o mesmo valor das entradas.

Pois bem, a previsão legal para cumprimento da obrigação acessória de escriturar os documentos fiscais nos livros próprios, encontra-se disciplinada no art. 16, inciso VI, da Lei nº 6.763/75 e art. 166 do Anexo V do RICMS/02, a seguir transcritos:

Lei nº 6.763/75

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

VI- escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

(...)

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.

RICMS/02

Art. 127. A escrituração dos livros e documentos fiscais será feita pelo sujeito passivo, na forma estabelecida pela legislação tributária, com base nos documentos relativos às operações ou às prestações realizadas.

Anexo V

Art. 166. O livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destina-se à escrituração de serviços de transporte e comunicação utilizados e de entrada de mercadoria, a qualquer título, no estabelecimento.

A obrigatoriedade da empresa optante pelo Simples Nacional em escriturar o livro Registro de Entradas – LRE, dentre outros, encontra-se disposta no art. 61, inciso III, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011. Examine-se:

Art. 61. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá adotar para os registros e controles das operações e prestações por ela realizadas, observado o disposto no art. 61-A: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, §§ 2º, 4º, 4º-A, 4º-B, 4º-C, 10 e 11)

I - Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária;

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário, quando contribuinte do ICMS;

III - Livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destinado à escrituração dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

bens e às aquisições de serviços de transporte e de comunicação efetuadas a qualquer título pelo estabelecimento, quando contribuinte do ICMS;

IV - Livro Registro dos Serviços Prestados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços prestados sujeitos ao ISS, quando contribuinte do ISS;

V - Livro Registro de Serviços Tomados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços tomados sujeitos ao ISS;

VI - Livro de Registro de Entrada e Saída de Selo de Controle, caso exigível pela legislação do IPI.

§ 1º Os livros discriminados neste artigo poderão ser dispensados, no todo ou em parte, pelo ente tributante da circunscrição fiscal do estabelecimento do contribuinte, respeitados os limites de suas respectivas competências. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, § 4º)

(...) (grifou-se).

Como o Contribuinte não cumpriu a obrigação prevista na legislação, aplicável ao caso, conforme restou demonstrado nos autos, é correta a aplicação da presunção legal de que as mercadorias listadas nos referidos documentos fiscais saíram do estabelecimento, também, sem acobertamento fiscal, conforme o disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (art. 194, § 5º, inciso I, do RICMS/02):

Lei 6.763/75

Art. 51. O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

(...)

Parágrafo único. Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

(...)

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;

(...)

§ 5º - Presume-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

Não há reparos a se fazer na aplicação pelo Fisco do dispositivo legal transcrito, o qual prevê expressamente a presunção da entrada e saída desacobertada de documento fiscal de mercadoria, em razão de o Contribuinte sonegar informação a respeito de operações de aquisição, vindo a ser conhecidas pela Fiscalização mediante informações colhidas dos fornecedores do Impugnante.

Por certo, está-se diante de uma presunção relativa, o que possibilita ao Contribuinte a apresentação de prova em contrário. Contudo, no caso em exame, a Autuada sequer discute a imputação fiscal, discorrendo em sua peça de defesa somente em relação ao *quantum* da penalidade isolada exigida, o que será abordado adiante.

Entretanto, destaca-se que a Fiscalização diligenciou junto aos fornecedores e acostou aos autos comprovação do pagamento das aquisições e de entrega das mercadorias à Autuada (fls. 41/56), o que torna inquestionável a correção da irregularidade a ela imputada, conforme presunção legal veiculada nestes autos.

Considerando que o imposto relativo às operações foi recolhido anteriormente por ST, conforme já mencionado, tem-se que, para as saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal, a Fiscalização exigiu corretamente somente a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

Lado outro, exige-se, ainda, a Fiscalização, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, da Lei nº 6.763/75, tendo em vista a falta de escrituração das referidas notas fiscais:

Art. 55 (...)

Efeitos de 06/08/2004 a 30/06/2017

"I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:"

I - por faltar registro de documento fiscal na escrituração fiscal destinada a informar a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apuração do imposto, conforme definido em regulamento - 10% (dez por cento) do valor da operação ou prestação, reduzida a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

(...)

Nesse caso, tem-se que a imputação da penalidade por falta de escrituração das notas fiscais encontra-se vinculada à manutenção da exigência da penalidade isolada em razão da saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, tendo em vista a presunção legal prevista no inciso I do parágrafo único do art. 51 da Lei nº 6.763/75.

Dessa forma, fica impossibilitada a cobrança de duas multas isoladas em virtude do que dispõe o art. 211 do RICMS/02, a seguir reproduzido, que determina que, apurando-se na mesma ação fiscal o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando forem as infrações conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem.

Art. 211. Apurando-se, na mesma ação fiscal, o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando forem as infrações conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem.

Assim, na situação em tela, deve-se aplicar apenas a Multa Isolada pelas saídas desacobertas de documentação fiscal, prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, por ser a mais gravosa.

Corroborando tal entendimento a seguinte decisão deste E. Órgão Julgador:

“DE INÍCIO, CABE ESCLARECER QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, I, DA LEI Nº 6763/75, POR FALTA DE ESCRITURAÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS EM LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS SE REVELA INCORRETA, EM FACE DA CONEXÃO COM A PENALIDADE PRINCIPAL, OU SEJA, A PRESUNÇÃO DE SAÍDA DESACOBERTA PARA AS MERCADORIAS ADQUIRIDAS E NÃO LANÇADAS NO LIVRO FISCAL.” (ACÓRDÃO 19.062/09/3ª)

Ainda, em relação à penalidade isolada remanescente (art. 55, inciso II), convém mencionar, por oportuno, que a Lei nº 22.796 de 28 de dezembro de 2017, em seu art. 19, alterou a redação do 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, passando o dispositivo a ter a seguinte redação:

Art. 55 - (...)

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou da prestação(...)

Observa-se que o limite máximo da multa isolada permanece o imposto incidente na operação ou prestação, retirando, porém, da redação anterior, a análise quanto às hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

Nesse diapasão, deve-se analisar se é o caso da retroação benigna prevista no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

(...)

A Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75 foi exigida no percentual de 40% (quarenta por cento) do valor das saídas das mercadorias sem acobertamento fiscal.

E não obstante não ser exigido imposto nos presentes autos, vale destacar que na operação alcançada pelo ICMS, na qual o imposto tenha sido retido ou recolhido antecipadamente em razão de substituição tributária, e que resulte na aplicação apenas de multa isolada, como no caso em exame, o limitador máximo da penalidade terá como parâmetro o imposto incidente (conforme redação do § 2º do art. 55), embora não integrante do crédito tributário constituído, tendo em vista que o dispositivo legal que determina a referida limitação não se refere ao imposto exigido e, sim, de imposto incidente.

Do Anexo II, verifica-se que as mercadorias cujas saídas ocorreram desacobertadas de documentação fiscal são bebidas, cujo ICMS, conforme legislação tributária (art. 42, inciso I, alíneas “a”, subalínea “a.2”; “e” e “i” da Lei nº 6.763/75), incide à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), 18% (dezoito por cento) e 23% (vinte e três por cento), respectivamente, conforme o caso.

Ainda, em relação às bebidas relacionadas nos incisos I e IV do art. 2º do Decreto nº 46.927, de 29 de dezembro de 2015, a seguir reproduzido, a alíquota do imposto é acrescida do adicional de alíquota de 2% (dois por cento) correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria – FEM, que foi estabelecido para os fins do disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

Art. 2º A alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS - RICMS -, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, será adicionada de dois pontos percentuais na operação interna que tenha como

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinatário consumidor final, realizada até 31 de dezembro de 2019, com as seguintes mercadorias:

I - cervejas sem álcool e bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana ou de melão;

(...)

IV - refrigerantes, bebidas isotônicas e bebidas energéticas;

(...)

Nesse diapasão, não há que se falar na aplicação da retroação benigna prevista no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, uma vez que o *quantum* exigido relativo à penalidade isolada é menor que o limite máximo de 2 (duas) vezes o valor do imposto incidente.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, conforme tangenciado pela Defesa, registra-se que o benefício não pode ser aplicado em relação às saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal, uma vez que a infração configura-se hipótese de dolo, fato impeditivo da aplicação da referida *benesse*:

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.

§ 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. (Grifos acrescidos).

Ressalte-se, ainda, que a Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, é disciplinada pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo e encontra-se regularmente capitulada no Auto de Infração. E, por força do disposto no art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75, não se incluem na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo.

No tocante ao pleito da Defesa de aplicação cumulativa da redução da penalidade isolada prevista para o pagamento do crédito tributário nos 10 (dez) dias de recebimento do AI e das reduções previstas no Plano de Regularização de Créditos Tributários - Regularize, instituído pelo Decreto nº 47.210/17, como destacado pela Fiscalização, há óbice para o acatamento deste pleito nesta seara. Examine-se a legislação pertinente:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECRETO Nº 47.210, DE 30 DE JUNHO DE 2017

Art. 4º - Os benefícios a que se refere o Plano de Regularização de Créditos Tributários relativos aos ICMS:

(...)

II - não se acumulam com quaisquer outros concedidos para o pagamento do tributo ou de penalidades, inclusive com os benefícios de que tratam as Leis nº 15.273, de 29 de julho de 2004, nº 16.318, de 11 de agosto de 2006, e nº 17.615, de 4 de julho de 2008, excetuada a redução prevista no § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Concernente ao mérito do lançamento, não obstante não ter sido questionado pela Defesa, insta analisar a inclusão, no polo passivo da obrigação tributária, do titular da empresa autuada (empresa individual) nos termos do disposto no art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75.

Os fundamentos da empresa individual são estabelecidos no Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, nos arts. 966 e 967.

A pessoa jurídica autuada é uma firma individual, modalidade de sociedade em que o patrimônio da empresa confunde-se com o do próprio titular, sendo ilimitada a responsabilidade deste.

São várias as decisões dos tribunais judiciais nesse sentido, dentre as quais podem ser destacadas:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FIRMA INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TITULAR. LEGITIMIDADE PASSIVA.

(...)

II - EM SE TRATANDO DE FIRMA INDIVIDUAL, TODAVIA, A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO É ILIMITADA, E SEU PATRIMÔNIO SE CONFUNDE COM O DA EMPRESA. PRECEDENTES: STJ, RESP 507317/PR, REL. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU/I DE 08/09/2003, P. 241; TRF-1ª REGIÃO, AC 1997.01.00.032436-6/RR, REL. JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES, SEGUNDA TURMA SUPLEMENTAR, DJU/II DE 14/11/2002, P. 362; ENTRE OUTROS.

III - AGRAVO PROVIDO.

(TRF1 - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AG 4807 RR 2003.01.00.004807-2 - PUBLICAÇÃO: 27/02/2004 DJ P.97) (GRIFOU-SE)

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO POR TRIBUTOS A CARGO DA PESSOA JURÍDICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

“(...)

4. TRATANDO-SE DE FIRMA INDIVIDUAL, A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO É ILIMITADA, O QUE, A FORTIORI, OBSTA A ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, MORMENTE EM SE TRATANDO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, ONDE NÃO SE ADMITE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (GRIFOU-SE)

(STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 507.317 - PR - DJ 08/09/2003 P. 241)

Dessa forma, correta a inclusão do titular da empresa autuada no polo passivo da obrigação tributária.

Por fim, trata ainda o lançamento da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada (saídas de mercadorias sem documento fiscal), nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º, da citada lei c/c o disposto no art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 94/11.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 84/85.

Às fls. 115 dos autos consta o Termo de Rerratificação de nº 0366/2017 pelo qual a Fiscalização rerratifica a data inicial dos efeitos da exclusão da Autuada do Simples Nacional, conforme constava no termo de exclusão de fls. 84/85 (data inicial 1º de maio de 2012), para constar como período do desenquadramento o lapso temporal de 01/01/14 a 31/10/16 e a partir de 01/01/17.

Verifica-se, em consulta ao Portal do Simples Nacional, às fls. 121, que a Autuada estava enquadrada no referido regime simplificado no período de 01/01/14 a 31/10/16, tendo sido excluída, por comunicação obrigatória do contribuinte, a partir de 01/11/16, enquadrando-se novamente a partir de 01/01/17.

Dessa forma, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06, e inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado 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.

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

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 subseqüentes, 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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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;

(...)

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir 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 do Contribuinte, *in verbis*:

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;

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.

Nesse sentido, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o "Termo de Exclusão do Simples Nacional".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso, os Autuados foram intimados do “Termo de Exclusão Rerratificado” e do Auto de Infração - AI, contudo, não apresentaram impugnação contra tal procedimento.

Lado outro, restou demonstrado que a Autuada incorreu em infringências que culminam com sua exclusão de ofício do Simples Nacional em consonância com a legislação vigente.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão deste Conselho de Contribuintes:

ACÓRDÃO: 21.689/14/1ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000213250-39

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL (DASN) COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS 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.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Acrescente-se que, no caso dos presentes autos, a exclusão da Autuada do Simples Nacional encontra-se devidamente motivada e foi oportunizado aos Autuados o contraditório e a ampla defesa, o que torna regular referido ato, estando respaldado tal procedimento pela jurisprudência do E. TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESÁRIO - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECISÃO MOTIVADA - OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO - REGULARIDADE - ICMS - BASE DE CÁLCULO - COMPENSAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO - INVIABILIDADE - MULTA ISOLADA - VALOR - REGULARIDADE - CARÁTER CONFISCATÓRIO

- NÃO CONFIGURAÇÃO - ART. 85, §11, DO CPC/2015 - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - APRESENTANDO-SE A SENTENÇA NOS MOLDES DO ARTIGO 489 DO NCPC, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AO §1º, INCISO IV, DO REFERIDO DISPOSITIVO, NECESSÁRIO CONCLUIR-SE PELA SUA REGULARIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR NA OCORRÊNCIA DE NULIDADE. - TENDO SIDO DEVIDAMENTE MOTIVADA A EXCLUSÃO DO AUTOR DO SIMPLES NACIONAL, COM A INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APLICÁVEIS E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, DEVE SER RECONHECIDA A REGULARIDADE DO ATO.

(...)

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.169985-4/001, RELATOR(A): DES.(A) ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (JD CONVOCADO) , 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/06/2017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 18/07/2017).

(...)

MÉRITO

PRIMEIRAMENTE ALEGA O APELANTE QUE SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ESTÁ EIVADA DE VÍCIO, POIS O LANÇAMENTO NÃO INDICA O MANDAMENTO CONTIDO NA LC 123/06 OU OUTRA LEGISLAÇÃO CORRELATA QUE DARIA SUPORTE AO ATO, RESTANDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

TODAVIA, O DOCUMENTO DE F. 125/126, TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, APONTA AS RAZÕES PELAS QUAIS FOI O CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DO REGIME ESPECIAL, EXPONDO QUE:

NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JULHO/2007 A FEVEREIRO/2010, REITERADAMENTE, PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, AS QUAIS PERFAZEM UM VALOR TOTAL DE R\$1.894.005,31 (UM MILHÃO, OITOCENTOS E NOVENTA E QUATRO MIL, CINCO REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS), CONFORME DEMONSTRADO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO Nº 01.000166535.46.

ALÉM DISSO, FORAM INDICADOS OS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA TAL EXCLUSÃO, SENDO EXPRESSAMENTE CITADAS AS LEGISLAÇÕES E OS ARTIGOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS.

TAL TERMO FOI DEVIDAMENTE RECEBIDO E ASSINADO PELO APELANTE, LHE SENDO ASSEGURADA A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a multa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

isolada prevista no inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75, em face da conexão prevista no art. 211 do RICMS/02, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional, observada a retificação do Termo de Exclusão de fls. 115 dos autos. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa e, pela Impugnante, assistiu ao julgamento o Dr. Wesley Silva Monteiro. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 13 de março de 2018.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

D