

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.933/18/1ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.000849269-51

Impugnação: 40.010144795-32, 40.010144813-41 (Coob.), 40.010144811-89 (Coob.), 40.010144812-60 (Coob.)

Impugnante: Pet Science Brasil Comércio e Distribuição Ltda
IE: 002254413.00-67
Natália Borges Vilarinho (Coob.)
CPF: 073.330.076-69
Nutriminas Indústria e Comércio de Distribuição de Produtos (Coob.)
IE: 702298579.00-51
Paulo Lucas Ferreira (Coob.)
CPF: 538.438.866-87

Coobrigados: Aliny Souza Inácio
CPF: 049.644.006-38
Russel Ipólito Barbosa
CPF: 822.247.141-49

Proc. S. Passivo: Paulo Teixeira Lemos/Outro(s), Marcela Cunha Guimarães/Outro(s)

Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição para o polo passivo da obrigação tributária dos sócios-administradores da empresa Autuada e Coobrigada, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, XII e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO – CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado que os atos e omissões da Coobrigada Natália Borges Vilarinho concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pela Contribuinte. Legítima, portanto, a sua manutenção no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 124, inciso II do CTN c/c art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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, justificando as exigências de ICMS operação própria, ICMS/ST, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e c/c § 2º e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75, sendo a multa isolada adequada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da citada lei, c/c art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO – FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM). Constatado que a Autuada deixou de recolher o ICMS devido por substituição tributária ao estado de Minas Gerais, correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), incidente nas operações sujeitas a substituição tributária, de acordo com o inciso V do art. 2º do Decreto nº 46.927/15. Exigências de ICMS/ST correspondente ao adicional de 2% (dois por cento) e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

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, alínea “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/12/15 a 30/09/16, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos, com a escrituração fiscal da Autuada, anteriormente denominada Nutrimais A & J Indústria Comércio Transportes Ltda.

A apreensão dos documentos se deu no local do estabelecimento autuado, onde também fica localizado o estabelecimento da empresa Nutriminas Indústria e Comercio de Distribuição de Produtos, ora Coobrigada do lançamento.

Foram também levados à sujeição passiva do lançamento, o Sr. Russel Ipólito Barbosa e Sra. Aliny Souza Inácio, ambos sócios-administradores da empresa Autuada, o Sr. Paulo Lucas Ferreira, sócio administrador da empresa Nutriminas e também a Sra. Natália Borges Vilarinho.

Exige-se ICMS operação própria, ICMS/ST e ICMS/ST - FEM, Multas de Revalidação previstas no art. 56, inciso II, e § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 63/82. Os Coobrigados, empresa Nutriminas, Sr. Paulo Lucas Ferreira e Sra. Natália Borges Vilarinho, também apresentam, tempestivamente, e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 147/167.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 373/384, rechaçando as alegações dos Impugnantes e requerendo a procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante Pet Science requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Alega que houve erro na eleição do sujeito passivo da autuação, dizendo que a ação foi direcionada à empresa Nutriminas e não à sua empresa e que a Nutrimais não mudou de endereço por não conseguir alterá-lo por entraves impostos pelo Fisco.

Acrescenta que os documentos encontrados no local da apreensão não pertencem à Autuada e sim, a terceiros, não tendo “qualquer caractere próprio ou específico dela”. Além disso, aduz que tais documentos não constam na relação de documentos apreendidos no Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 012099, devendo o Auto de Infração ser cancelado por ter sido baseado nesses documentos.

Entretanto, constata-se que a ação de busca e apreensão efetuada pelo Fisco foi direcionada às empresas Nutriminas Ind. e Com. Dist. Prod. Agropecuários Ltda. e Nutrimais A & J Ind. Com. Transportes Ltda. (atualmente Pet Science Brasil Com. Dist. Ltda.), ambas na época localizadas no mesmo endereço: Alameda João Leão, 5601 – Bairro Custodio Pereira, Uberlândia/MG.

Informa a Fiscalização que para a execução do trabalho fiscal, foram expedidas duas Ordens de Serviço (OS), de nº 08.160.003.403-76, uma para cada empresa alvo da ação.

Vê-se que tais ordens de serviço constam dos autos às fls. 24/25 e apresentam as assinaturas de funcionária da empresa Pet Science e administrador da empresa Nutriminas, conforme Anexo 1 do Relatório Fiscal da autuação.

Posteriormente à ação, ainda foi feita a emissão dos Autos de Início de Ação Fiscal (AIAF) nºs. 10.000023144.76 e 10.000023143.95 para a Nutriminas e para a Nutrimais, respectivamente.

Destaca-se também que as requisições de alteração de endereço da Pet Science iniciaram-se em 11/04/17 (fl. 112), data posterior à ação de busca e apreensão do Fisco (25/10/16). Também, as solicitações de alteração de endereço da Recorrente não prosperaram por sua própria desistência, como pode ser visto às fls. 112/113.

Ademais, o registro da alteração contratual de mudança de endereço foi efetuado na Junta Comercial logo após o AIAF, o que ratifica a tentativa mais uma vez da empresa de mascarar os fatos.

Ou seja, é incontroverso que a Pet Science, juntamente com a Nutriminas, encontrava-se sediada no endereço de realização da busca e apreensão: Alameda João Leão, 5601 – bairro Custódio Pereira, Uberlândia/MG.

O fato de que não houve discriminação de todos os documentos no AAD nº 012099 em nada prejudica, já que todas as provas trazidas aos autos foram obtidas nas pastas e nos arquivos de documentos apreendidos no endereço das empresas. Certo é que a identificação de todos os documentos apreendidos se faz posteriormente. A Fiscalização informou a apreensão de documentos diversos, em sacos lacrados conforme lacres neles descritos, em conformidade com a regularidade do procedimento.

Por sua vez, também não restam dúvidas de que as planilhas de faturamento apreendidas no local da apreensão pertencem à Pet Science.

Diferentemente do alegado, há menção clara ao nome da empresa: Nutrimais A & J Indústria Comércio Transportes Ltda, que é o antigo nome da Pet Science (*vide* fls. 33/34) no balancete, bem como o nome Nutrimais no “Resumo de Vendas de produtos/lucro” (fls. 44).

Dessa forma, não há qualquer vício na sujeição passiva do lançamento ao direcionar a lide à Pet Science. Pelo contrário, correta a inclusão da empresa como Sujeito Passivo principal do lançamento.

Acrescente-se, por oportuno, que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que os Autuados compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/12/15 a 30/09/16, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos, com a escrituração fiscal da Autuada.

A apreensão dos documentos se deu no local do estabelecimento autuado, onde também fica localizado o estabelecimento da empresa Nutriminas Indústria e Comercio de Distribuição de Produtos, ora Coobrigada do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dentre os documentos apreendidos, há uma planilha denominada “***BALANCETE***”.

Informa a Fiscalização que essa planilha traz, além de diversas informações contábeis e financeiras da Autuada, a informação do seu faturamento real, no período de dezembro de 2015 a setembro de 2016 com a venda de produtos (“RECEITA NA VENDA DE PRODUTOS”).

Esse faturamento real foi confrontado com o declarado pelo Contribuinte por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDASN, apurando-se as saídas desacobertadas, objeto deste lançamento.

O Fisco constatou que as empresas Nutriminas e Pet Science operam, na prática, como se uma fosse, sem divisão física de processos, funcionários, estoque, arquivos dentre outros. Além da constatação *in loco*, os documentos apreendidos, tanto da Nutriminas como da Pet Science, identificados nos Anexos da autuação, corroboram essa constatação.

Os Impugnantes rechaçam a existência de apenas uma empresa e informam que a Nutriminas constitui fábrica dos produtos e que a Pet Science é a empresa comercializadora desses produtos, mas atestam que possuem autonomia entre elas.

Ocorre, entretanto que inexistem quaisquer notas fiscais de industrialização, ou mesmo de comercialização, emitidas da Nutriminas para a Pet Science.

Não fosse o bastante, a Fiscalização trouxe aos autos mais elementos que ratificam a conclusão fiscal de unicidade das empresas.

Como exemplo, cita-se os recibos de pagamento de salários de funcionários da Pet Science juntados às fls. 239/244, os quais informam as funções do Sr. Luciano Pereira dos Santos e do Sr. Alessandro Ferreira, como operador de painel e operador de óleo, respectivamente. Esses mesmos funcionários da Pet Science assinam os relatórios juntados às fls. 228/238, sendo responsáveis pelos setores fabris de moagem e de ensaque, respectivamente. Ora, se a Pet Science apenas comercializa os produtos fabricados pela Nutriminas, porque tem funcionários que trabalham na linha de produção de rações da Nutriminas?

Outro ponto a ratificar a unicidade das empresas constitui o documento trazido aos autos pela própria Impugnante Nutriminas. No Boletim de Ocorrência, juntado às fls. 269/273, mais especificamente à fl. 271, no campo “Histórico da Ocorrência”, o Sr. Paulo Lucas Ferreira, sócio-administrador da Nutriminas, declara às autoridades policiais ser o verdadeiro dono da empresa Pet Science, reforçando a confusão patrimonial, pessoal e societária alegada pelo Fisco.

Certa, assim, a Fiscalização, em concluir que os elementos citados comprovam a unicidade operacional das empresas. As empresas Nutriminas e Pet Science, apesar de apresentarem duas inscrições estaduais, são na verdade uma única empresa que fabrica e vende produtos destinados a alimentação de pequenos animais domésticos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na defesa da Nutriminas, alega-se que essa empresa não concorreu para o não recolhimento do tributo da Pet Science na venda de suas mercadorias.

Conforme já exposto, a concorrência *in casu* é patente, eis que não houve qualquer emissão de nota fiscal entre as empresas.

Esse fato é reconhecido pela própria Nutriminas em sua autodenúncia protocolizada na Administração Fazendária em 25/10/17, conforme documentos de fls. 255/257 dos autos.

Abstendo-se do fato comprovado de que as empresas se confundem, questiona a Fiscalização: como entender que a Nutriminas não concorreu para o não recolhimento do tributo da Pet Science, se ela confessa que vende as mercadorias e não emite qualquer nota fiscal, ou seja, propicia a entrada de mercadorias sem nota fiscal?

A partir dos fatos apurados, correta a Fiscalização em entender que a Autuada fabrica e comercializa as rações para “Pet”. Essas mercadorias são sujeitas ao regime de Substituição Tributária do ICMS na saída, com Margem de Valor Agregado (MVA) de 46% (quarenta e seis por cento).

Assim, exige a Fiscalização o ICMS operação própria, ICMS/ST e ICMS/ST- FEM, Multas de Revalidação previstas no art. 56, inciso II, e § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei 6763/75.

A responsabilidade da Autuada pelo pagamento do imposto por substituição tributária encontra-se no art. 12 do Anexo XV do RICMS/02,

Por sua vez, a previsão substituição tributária para as mercadorias rações para pet encontra-se no item, 22 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Saliente-se que, uma vez comprovada a realização de operações sem a devida emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência, à margem do regime do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme preceitua o art. 13 da Lei Complementar nº 123/06:

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Note-se que a aplicabilidade do referido artigo não depende da formalização do processo de exclusão do contribuinte no regime do Simples Nacional, por meio de Termo de Exclusão, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO.(APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Ratifica-se, portanto, a correção do Fisco quanto às cobranças de ICMS operação própria e ICMS/ST, com as correspondentes Multas de Revalidação simples e em dobro previstas no art. 56, inciso II, e § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75.

Correta também a exigência do adicional de alíquota de 2% (dois por cento) a título de "Adicional de alíquota - Fundo de Erradicação da Miséria", conforme previsto no Decreto nº 46.927/15, infratranscrito:

DECRETO Nº 46.927, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2015
(MG de 30/12/2015)

(...)

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

(...)

V - rações tipo pet;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Art. 3º O disposto no art. 2º:

I - aplica-se, também:

a) na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação;

b) (...)

Art. 4º O valor do ICMS resultante da aplicação do adicional de alíquota de que tratam os arts. 2º e 3º:

(...)

II - será recolhido em Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE -, ou em Documento de Arrecadação Estadual - DAE -, distinto:

(...)

b) nos prazos estabelecidos no art. 46 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS, em se tratando de operação sujeita ao regime de substituição tributária;

(...)

Art. 10. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.

(Grifou-se)

Por conseguinte, exigiu-se a Multa de Revalidação em dobro, nos termos do art. 56, inciso II, § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75.

Em relação ao descumprimento de obrigação acessória pela realização de operações de circulação de mercadorias sem notas fiscais, foi aplicada a multa isolada capitulada no art. 55, II da Lei nº 6.763/75:

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...

Logo, correta é cobrança da multa isolada, devendo a mesma ser mantida.

Com relação à redução dessa multa, requerida pela Autuada baseada no art.53, §3º da Lei Estadual nº 6.763/75, tem-se que o pleito não pode ser deferido, pois é vedada tal redução ao caso dos autos, eis que a infração praticada resultou na falta de pagamento do tributo ICMS, conforme pode ser visto na leitura do art. 53, §5º da mesma lei:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (grifou-se)

Entretanto, o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 teve a sua redação alterada por meio da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017, e, mais recentemente, pela Lei nº 22.796, de 28 dezembro de 2017, nos seguintes termos:

LEI Nº 22.796, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2017

(MG de 29/12/2017)

Art. 19 - Os incisos I e II do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 55 - (...)

§ 2º - (...)

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

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. ”.

(...)Grifou-se.

Assim, como as referidas alterações legislativas resultam mais favoráveis à Impugnante, necessária se torna a aplicação do art. 106 do CTN, o qual assim dispõe:

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à sujeição passiva do lançamento, considerando todos os elementos dos autos anteriormente enunciados, fica comprovada também a correção do Fisco em levar ao polo passivo do lançamento os sócios-administradores das empresas autuadas.

Embasa o procedimento fiscal as disposições contidas art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, examine-se:

Código Tributário Nacional

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 6.763/75

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:

(...)

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.

(...)

Defendem os Impugnantes coobrigados que os sócios da Nutriminas não tinham nenhuma relação com a Pet Science, não concorrendo para o não recolhimento do ICMS devido. E que, por ausência de preenchimento dos requisitos constantes no art. 135, inciso III do CTN, devem ser retirados do polo passivo da autuação.

Não obstante, e conforme amplamente demonstrado pelo Fisco, os administradores conheciam e procederam em práticas ilícitas para eximir-se do pagamento do imposto devido. Resta evidente que os representantes das empresas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autuada e Nutriminas possuíam o domínio dos fatos e tomaram as decisões que concorreram para o não recolhimento do tributo por parte da Pet Science.

Por sua vez, a Sra. Natália Borges Vilarinho também responde solidariamente pela autuação da Pet Science, uma vez ter contribuído para a omissão de recolhimento do tributo por parte da Autuada, nos termos do inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, anteriormente transcrito.

Sob esse aspecto, insta transcrever excerto da manifestação fiscal que explica o total envolvimento Sra. Natalia nos fatos lesivos ao estado:

(...)

No trabalho de busca e apreensão realizado no endereço Alameda João Leão, 5601 – Bairro Custódio Pereira – Uberlândia/MG, foram encontradas duas empresas em funcionamento no mesmo local: NUTRIMAIS A & J Indústria Comércio Transportes Ltda. – CNPJ: 19.179.353/0001-29 e NUTRIMINAS Indústria e Comércio de Distribuição de Produtos Agropecuários Ltda. – CNPJ: 07.022.549/0001-26. Essas empresas constam no mesmo endereço no cadastro da Receita Estadual de Minas Gerais. Durante a busca também foi constatado pela fiscalização que as pessoas e os processos de ambas as empresas eram comuns, não existindo diferenciação entre elas.

Além disso, vários documentos das empresas foram apreendidos no local, destacando-se:

- “Recibo de Pagamento de Salário” da empresa NUTRIMAIS A & J Ind. Com. Transportes Ltda. à funcionária Natalia Borges Vilarinho. Importante ressaltar que a Sra. Natalia Borges Vilarinho é sócia da empresa NUTRIMINAS Ind. e Com. De Distribuição de Prod. Agropecuários Ltda., conforme consulta ao Siare mostrada no mesmo Anexo;

- pagamento pela NUTRIMAIS A & J Ind. Com. Transportes Ltda. – CNPJ: 19.179.353/0001-29 da prestação do contrato de financiamento imobiliário do apartamento localizado à Rua Monte Negro, 101 – Ap. 404 B03, Uberlândia/MG da Sra. Natalia Borges Vilarinho, sócia da NUTRIMINAS Ind. e Com. De Distribuição de Prod. Agropecuários Ltda.;

- pagamento pela NUTRIMAIS A & J Ind. Com. Transportes Ltda. – CNPJ: 19.179.353/0001-29 da conta de energia elétrica do apartamento localizado à Rua Monte Negro, 101 – Ap. 404 B03, Uberlândia/MG pertencente à Sra. Natalia Borges Vilarinho, sócia da NUTRIMINAS Ind. e Com. De Distribuição de Prod. Agropecuários Ltda.

Desta forma, na prática, as duas empresas NUTRIMAIS e NUTRIMINAS funcionam como uma só, face à clara confusão patrimonial, operacional e documental entre ambas.

A Impugnante autuada também contesta a sua exclusão do Regime do Simples Nacional.

No entanto, mais uma vez 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 n.º 123/06, e inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 3º e 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar n.º 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:

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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”.

No caso, a Autuada foi intimada do Termo de Exclusão juntamente com o Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

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 NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS) 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. 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.

Vale dizer que a exclusão da Autuada do Simples Nacional encontra-se devidamente motivada e foram observados os princípios da ampla defesa e devido processo legal, o que torna regular o referido ato, estando, ainda, 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 NCP, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OEDIÊNCIA 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.

(...) (GRIFOU-SE).

Frisa-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação do Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

E, em sendo assim, fica prejudicado o pleito da Pet Science quanto a consideração de possíveis créditos do imposto neste momento e a apuração da conta gráfica da empresa.

Assim sendo, reputa-se correta a exclusão de ofício da Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, na medida que restou comprovada a prática reiterada da infração concernente à saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para adequar a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, c/c art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Pela Impugnante Pet Science Brasil Comércio e Distribuição Ltda, sustentou oralmente o Dr. Luiz Antônio dos Santos Faleiros e, pelos Impugnantes Natália Borges Vilarinho, Nutriminas Indústria e Comércio de Distribuição de Produtos e Paulo Lucas Ferreira, sustentou oralmente o Dr. Vinícius Pereira Veloso Teixeira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 05 de abril de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora

CC/AMG