

Acórdão: 22.585/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001610217-92
Impugnação: 40.010150412-63, 40.010150413-44 (Coob.)
Impugnante: Universal Grill Churrasqueiras Eireli
IE: 002378900.00-35
Iris Matias Vieira Mota (Coob.)
CPF: 044.589.486-52
Proc. S. Passivo: Wellington Rodrigues Neves
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – EIRELI - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75. Comprovado nos autos a prática de atos que repercutiram no descumprimento das obrigações tributárias. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada com as declarações fiscais da Contribuinte entregues mediante o PGDAS e as informações extraídas dos arquivos Sintegra., que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do inciso I, § 2º do citado artigo da Lei nº 6.763/75.

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 art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da CGSN nº 140/18 de 22/05/18.

Lançamento 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 01/01/17 a 31/08/19, apuradas mediante confronto
22.585/21/2ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado, com as declarações fiscais da Contribuinte, entregues mediante o PGDAS (Programa gerador do documento de arrecadação do simples nacional) e as informações extraídas dos arquivos Sintegra.

Em razão da realização, de modo reiterado, de venda de mercadorias sem o devido acobertamento documental, propõe-se, ainda, a exclusão de ofício da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional a partir de 01/01/17.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do inciso I, § 2º do citado artigo da mencionada lei.

Registra-se, ademais, que foi arrolada na peça fiscal, na condição de Coobrigada, a titular da empresa individual de responsabilidade limitada, com fulcro no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, c/c o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN.

O presente trabalho encontra-se instruído, entre outros documentos de prova e apuração, pelo Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 012251, (fls. 289/290); Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000034591-68 (fls. 02); Auto de Infração-AI (fls. 03/09); Relatório Fiscal (fls. 10/14); Anexo IV: cópia cadernos Conta corrente (fls. 30/287); Termo de Exclusão (fls. 292/293).

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 296/338, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 355/364.

DECISÃO

Da Preliminares

Inicialmente, as Impugnantes arguem a ilegalidade na apreensão de documentos pelo Fisco, em desrespeito à Constituição Federal e aos direitos fundamentais dos contribuintes. Entendem que os documentos apreendidos pelo Fisco e utilizados como base na autuação são tidos como prova ilícita e não podem ser utilizados como tal.

Aduzem que, para que se aprenda documentos no domicílio de algum contribuinte é necessário que a Fiscalização esteja em posse de um mandado judicial, sob pena de ferir a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI.

Acrescentam que “Neste sentido, a jurisprudência tem equiparado os escritórios e as empresas à casa dos contribuintes, vedando a apreensão de documentos fiscais, sem a autorização do contribuinte, nos casos não previstos nos artigos supra, tornando a prova obtida por esta apreensão ilegal.”

Para embasarem seus argumentos, transcrevem os arts. 5º e 145 da CF e art. 200 do Código Tributário Nacional (CTN), bem como decisões judiciais.

Não obstante, sem razão a Defesa. Independentemente de qualquer ordem judicial, a ação fiscal procedida junto ao estabelecimento autuado encontra respaldo no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Código Tributário Nacional (recepcionado pela Constituição Federal), que, em seu art. 195, assim estabelece:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Por sua vez, o art. 42, § 1º c/c art. 50, ambos da Lei nº 6.763/75 estabelecem a apreensão de livros, documentos, bens e objetos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

Art. 42 - Poderão ser apreendidas mercadorias, observado o disposto em regulamento, quando:

Efeitos de 01/01/1976 a 21/12/2018 - Redação original:

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

(...)

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

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

Nos termos do art. 44 da Lei nº 6.763/75, a autorização judicial para busca e apreensão de documentos, bens, objetos, etc, somente é necessária quando estes não estiverem em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional, o que não é o caso dos autos, pois os documentos extrafiscais foram regularmente apreendidos no estabelecimento comercial da empresa ora Impugnante:

Art. 44 - Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

Preceitua o art. 71 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

Efeitos de 1º/03/2008 a 26/09/2016 - Redação original:

"Parágrafo único. O Auto conterá a descrição do objeto da apreensão e, em se tratando de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação."

Assim, ao contrário do alegado pelas Impugnantes, o Fisco pode, nos termos da legislação estadual à qual o julgamento do Conselho de Contribuintes está adstrito, apreender os documentos que embasaram a presente autuação, ainda que sem autorização judicial, pois são provas efetivas dos ilícitos fiscais narrados no Auto de Infração.

Corroborando esse entendimento a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Cível nº. 1.0024.07.461405-8/002):

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. SOMENTE DEPENDEM DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL AS APREENSÕES DE DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADAS FORA DAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU QUANDO ESTE FOR UTILIZADO COMO MORADIA. A VERIFICAÇÃO DE LIVROS, DOCUMENTOS E ARQUIVOS FISCAIS DECORRE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO, QUE TEM O DEVER DE FISCALIZAR OS CONTRIBUINTES, IMPOR O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES FISCAIS, CONTROLAR O RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS, COMBATER A SONEGAÇÃO E, ASSIM, RESGUARDAR A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO, PORÉM NÃO PROVIDO.

(NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.07.461405-8/002(1) - NUMERAÇÃO ÚNICA: 4614058-35.2007.8.13.0024)

A propósito, vale conferir também o entendimento do eminente Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 1.0024.03.988644-5/002(1):

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. PROCEDIMENTOS LEGAIS. AUTO-EXECUTORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A APREENSÃO DE DOCUMENTOS EM PESSOA JURÍDICA COMERCIAL NÃO CONSTITUI ABUSO DOS AGENTES FISCAIS, TENDO EM VISTA QUE O DIREITO DE

PROPRIEDADE NÃO É ABSOLUTO E A INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO NÃO SE ESTENDE ÀS EMPRESAS COMERCIAIS. LOGO, ENQUANTO SUBSISTIREM RAZÕES PARA A MANUTENÇÃO DE DOCUMENTOS APREENDIDOS EM EMPRESA COMERCIAL, DESDE QUE NÃO INVIABILIZEM A CONTINUAÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DEVOLUÇÃO. DESNECESSÁRIA A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A APREENSÃO DE DOCUMENTOS DE CUNHO FISCAL E OBRIGATÓRIOS, POR FORÇA DE LEI E DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO ART. 145, § 1º (JULGADO EM 03/08/2004).(GRIFOU-SE).

Não há que se falar, portanto, em nulidade do lançamento ou em ilicitude das provas, uma vez que a apreensão dos documentos, além de estar expressamente autorizada em lei, ocorreu de forma regular, com o cumprimento de todos os procedimentos previstos na legislação vigente, em especial a lavratura do devido AAD.

Lado outro, defendem as Impugnantes, preliminarmente, que a sócia-proprietária não pode figurar no polo passível da autuação.

Entretanto, a caracterização da infração e a posterior verificação da responsabilidade pessoal da ora Coobrigada constituem mérito do lançamento e assim será tratado.

Mencione-se 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), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Ademais, a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, estando claro o exercício da ampla defesa.

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/17 a 31/08/19, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado, com os valores de saídas declarados ao Fisco, pela Contribuinte.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do inciso I, § 2º do citado artigo da mencionada lei.

A ação fiscal iniciou-se com a apreensão de documentos extrafiscais, conforme Auto de Apreensão e Depósito – AAD de nº 012251, cuja cópia encontra-se às fls. 289/290 dos autos.

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

Destaca-se, inicialmente, que o procedimento efetuado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso I do RICMS/02, *in verbis*:

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;

(...)

A Defesa sustenta que o Fisco usou de presunção como base para a autuação, e que não existem provas de que realmente houve a suposta saída de mercadorias desacobertadas. Nesse sentido, alega que a Fiscalização não apresentou documentos que pudessem demonstrar que houve a comercialização de produtos sem a devida nota fiscal.

Reitera que *“Para que seja possível a presunção fiscal alegada, é necessário que haja pelo menos alguma prova de que houve essa venda sem nota fiscal. **Cadernos com anotações aleatórias não servem para presumir que houve venda sem emissão de nota fiscal.**”* (fls. 335).

Entretanto, as provas dos autos rechaçam indubitavelmente a hipótese de presunção fiscal.

A Fiscalização prova que, diferentemente do alegado, os cadernos apreendidos possuem informações que permitem a confirmação inequívoca de que eles traduzem todo o movimento de vendas da empresa.

Nesse sentido, destaca-se o procedimento louvável da Fiscalização, que torna inquestionável o lançamento. A respeito, transcreve-se o excerto da manifestação fiscal:

Primeiramente precisávamos relacionar os cadernos com a empresa Impugnante, o que foi possível ao se verificar que para cada início de mês antes das anotações de vendas separadas por dinheiro, cartão de débito e crédito, havia um condensado que chamamos de “capa mensal” com as somas das vendas diárias do mês, e também, em algum lugar desta “capa mensal” uma informação com valores e as letras iniciais “NF” e “CF” antes destes.

Ao baixarmos o Livro de Apuração do ICMS, verificou-SE que os valores ali contidos, na coluna Saídas NF – registro 50 e coluna saídas CF- registro 60, representando as saídas através de notas e cupons

fiscal, eram exatamente iguais aos valores apontados nos cadernos pelas siglas “NF” e “CF”, de onde se concluiu que estas siglas e valores significavam o total de vendas através de cupom ou nota fiscal. Anexamos aos autos cópias do Livro de Apuração, extraídas do Programa Auditor Eletrônico da Fazenda, através das informações do SINTEGRA transmitidas pelo contribuinte.

Entretanto, verificamos que as somas diárias apresentadas nesta “capa mensal”, representa um valor maior do que os destacados pelas iniciais “NF” e “CF”. Virando a página “capa mensal” dos cadernos encontramos anotações de vendas dia a dia, condensadas por dinheiro, cartão de crédito e débito. Estes valores anotados diariamente, coincidem com os apresentados na “capa mensal”.

Ora, lógico concluir que naquele caderno estavam anotadas todas as vendas diárias, nas diferentes modalidades, dinheiro cartão de débito ou cartão de crédito, e que para a apuração do imposto a ser recolhido pelo faturamento, o contribuinte não declarava todas as vendas ao fisco.

Assim, a Fiscalização, para se chegar aos valores efetivamente cobrados na operação, valeu-se de anotações contidas nos cadernos “caixa” apreendidos, nos quais consta a movimentação diária das vendas, mediante dinheiro, cartão, cheques, outros. Condensadas essas informações de vendas contidas nos cadernos, subtraiu-se os valores dos apresentados no PGDAS, por período. Por conseguinte, chegou-se ao resultado de que o faturamento extraído dos cadernos era maior que os valores apresentados no PGDAS, levando à conclusão de vendas desacobertadas.

Veja-se que o argumento das Impugnantes de que, para cada documento extrafiscal encontrado houve a regular emissão de nota fiscal não se sustenta, pois não se fez qualquer vinculação desses documentos com sua escrita fiscal.

E, à vista da comprovação do Fisco de que o caderno apreendido representa a real movimentação da empresa, caberia à Contribuinte apresentar as notas fiscais devidas para elidir a imputação de vendas desacobertadas.

Reitera-se que a Autuada nada trouxe de provas aos autos. Limitou-se, apenas, a questionar o procedimento fiscal. E, sendo inconteste a propriedade do caderno e seu objeto, necessária seria a documentação fiscal relativa.

Dessa forma, caracterizada a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

(...)

Na peça de defesa, afirmam as Impugnantes que “*O Fisco não prova recebimento de valores em conta corrente bancária a descoberto, não prova divergência de estoque, não prova para quem teria sido realizada a suposta venda sem nota, não prova que houve compra a maior de mercadorias do que o que foi vendido e não prova quais mercadorias teriam sido vendidas sem a emissão de Nota Fiscal*” (fls. 336).

Entretanto, para apuração de irregularidades, o Fisco possui diversos procedimentos possíveis, nos termos da legislação, inclusive a análise financeira; contábil de compras e estoque, dentre vários outros. Significa dizer, o fato de ele não ter adotado qualquer um desses mencionados pela Defesa em nada macula o lançamento, posto que, como já mencionadô, existe uma gama de possibilidades e o procedimento efetuado pela Fiscalização é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso I do RICMS/02.

Veja-se que, por mais essa assertiva, as Impugnantes buscam questionar o procedimento fiscal para eximir-se da infração que, conforme demonstrado, resta caracterizada e irrefutável, já que nenhum documento fiscal foi apresentado.

Também, menciona a Autuada que, diante da fragilidade das provas e da existência de dúvidas sobre a suposta saída desacobertada de mercadoria, a Autoridade Fiscal poderia, na pior das hipóteses, cobrar apenas tributo, mas jamais multa. Por conseguinte, defende a aplicação do art. 112, inciso II do CTN: *in dubio pro contribuinte*.

Ocorre que, como discorrido, não há qualquer dubiedade nos autos. Pelo contrário, as provas são inequívocas da venda de mercadorias nos valores e meios identificados no caderno de anotações da empresa, regularmente apreendido. E isso é bastante e suficiente para a caracterização da infração.

E, em assim sendo, desnecessário qualquer outra prova por parte da Fiscalização, sendo corretas as exigências de ICMS e respectivas penalidades, na forma consubstanciada no Auto de Infração em exame.

Acrescente-se que, 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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;

(...)

Cita-se, a propósito, decisões judiciais que endossam a cobrança do ICMS nesses termos: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Des^a. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

Relativamente à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no inciso I, § 2º do citado artigo da mencionada lei, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação.

Quanto à menção à confiscatoriedade das multas, tem-se que não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75.

Eventual efeito confiscatório da multa de revalidação foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível nº 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 63/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995.

Sobre o tema, vale conferir o seguinte julgado do TJMG:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO PTA. INOCORRÊNCIA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMÉRCIO DE LÂMPADAS. INSTITUIÇÃO PELO PROTOCOLO 18/98. ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO NO PERÍODO DE CRISE DE ENERGIA. **MULTA DE REVALIDAÇÃO. 100%. CARÁTER NÃO CONFISCATÓRIO.** I - NÃO HÁ QUE SE FALAR EM IRREGULARIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, SE ESTE REVELA A VIOLAÇÃO COMETIDA PELO AUTUADO E A PENALIDADE CORRESPONDENTE, HABILITANDO E OPORTUNIZANDO DEFESA PLENA. - PRELIMINAR REJEITADA. II - INOCORRE CERCEAMENTO DE DEFESA SE O IMPUGNANTE, MESMO APÓS APRESENTAÇÃO DA DEFESA ADMINISTRATIVA, É REGULARMENTE NOTIFICADO SOBRE A OCORRÊNCIA DE RETIFICAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO IMPUGNADO. - PRELIMINAR REJEITADA. (...)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.002479-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ORIENTRADE BRASIL COM PRODUTOS ELETRONICOS GERAL LTDA - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. FERNANDO BOTELHO. GRIFOU-SE.

Ainda, com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

No tocante à inclusão da titular da empresa individual de responsabilidade limitada no polo passivo do lançamento, discorrem as Impugnantes que a regra vigente na atual ordem jurídica é no sentido de que os sócios não podem ser compelidos a responder pelas dívidas da atividade empresária.

Nesse sentido, redige:

O ordenamento jurídico permite apenas a responsabilização excepcional dos sócios-administradores pelas dívidas da sociedade-empresária, isto é, nos casos em que reste configurada a denominada “responsabilidade tributária”, conforme as hipóteses expressamente arroladas no art. 135 do Código tributário Nacional, quais sejam, qdo haja comprovação de que o sócio agiu com excesso de poderes, infração à Lei ou estatuto.

Continua questionando a legalidade da Portaria nº 148/15, e destacando que a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN é subjetiva, depende da comprovação de dolo.

A infração narrada no Auto de Infração, devidamente caracterizada nos autos, não se confunde com mero inadimplemento da obrigação tributária, tratando-se, na verdade, de atos contrários à lei, de infração em cuja definição o dolo específico é elementar.

Dessa forma, a responsabilidade tributária da Coobrigada está respaldada no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c Portaria da Subsecretaria da Receita Estadual – SRE nº 148/15, confira-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:

(...)

§ 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.

Portaria SRE N° 148/15

Art. 1° Ficam estabelecidas no Anexo Único desta Portaria as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia.

(...)

1.8.6 01.019.006 Documento extrafiscal.

(Grifou-se)

Quanto às assertivas da Defesa de ilegalidade da Portaria SRE n° 148/15 e inconstitucionalidade, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei n° 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *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 § 2° do art. 146;

(...)

Por sua vez, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto no que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar n° 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN n° 94 de 29/11/11 e, para fatos posteriores a 01/08/18, o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN n° 140/18 de 22/05/18. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar n° 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 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;

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;

(...)

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j) se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106; e

(...)

§ 3º A ME ou a 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: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais; ou

(...)

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 e, para fatos posteriores a 01/08/18, o art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18, 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.

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 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. 122. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

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 Contribuinte foi intimada da exclusão juntamente com o Auto de Infração, conforme Avisos de Recebimento de fls. 294/295.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG 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 ARRECADAÇÃO 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 NCPC, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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).

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Revisora) e Alexandre Périssé de Abreu.

Sala das Sessões, 04 de março de 2021.

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente**

D