

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.806/24/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.002704659-77
Impugnação: 40.010155753-81, 40.010155759-51 (Coob.), 40.010155756-16 (Coob.)
Impugnante: Filippini & Rosa Andrade Ltda
IE: 002126351.00-43
João Pedro Surian Cera Filippini (Coob.)
CPF: 371.636.878-42
Valdeci Donizetti Faria (Coob.)
CPF: 484.378.756-68
Proc. S. Passivo: Paula Hadad Barbosa
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR/MANDATÁRIO – ELEIÇÃO ERRÔNEA. Constatada a inclusão errônea do procurador, na condição de Coobrigado/administrador, uma vez que não há elementos nos autos que comprove seu poder de gerência. Exclui-se, portanto, o procurador do polo passivo da presente obrigação tributária.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. Constatada a saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, verificada por meio de conclusão fiscal, mediante o confronto do valor de faturamento declarado pela empresa em PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório) com a receita de vendas apurada pelo Fisco com base na análise de documentos fiscais e subsidiários da Contribuinte. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e V, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75, em relação à parcela de saídas desacobertadas proporcional às saídas regulares de mercadorias sujeitas à tributação normal. Correta também a exigência somente da referida Multa Isolada em relação à parcela proporcional às saídas regulares de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Autuada promoveu, de forma reiterada, saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140/18.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2019 a 2021, apuradas por meio de conclusão fiscal, procedimento tecnicamente idôneo, previsto no art. 194, inciso V, do RICMS/02, mediante o confronto do valor do faturamento declarado pela Contribuinte em PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório) com a receita de vendas apurada pelo Fisco a partir da análise de documentos fiscais e subsidiários da Autuada, nos termos do inciso I do art. 194 do RICMS/02.

Em relação à parcela de saídas desacobertas proporcional às saídas regulares de mercadorias sujeitas à tributação normal, houve exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

Já em relação à parcela proporcional às saídas regulares de mercadorias sujeitas à substituição tributária, houve exigência somente da referida Multa Isolada.

Foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigados, o Sr. João Pedro Surian Cera Filippini, sócio-administrador da Autuada, e o Sr. Valdeci Donizetti Faria, intitulado como administrador, pelos atos por eles praticados com infração à lei (dar saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal), resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime simplificado do Simples Nacional, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal na saída de mercadoria, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140/18.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às págs. 211/219.

Também tempestivamente e por meio da mesma procuradora regularmente constituída, os Coobrigados Valdeci Donizetti Faria e João Pedro Surian Cera Filippini apresentam suas impugnações às págs. 242/248 e 249/261, respectivamente.

Requerem, ao final, a procedência das impugnações.

A Fiscalização, em Manifestação de págs. 348/388 refuta as alegações da Defesa, requerendo a procedência do lançamento.

A Assessoria do CCMG determina a realização da diligência de págs. 390/393, que resulta na Manifestação da Fiscalização às págs. 394/403, acompanhada das planilhas anexadas às págs. 404/405.

Reaberta vista, os Impugnantes não comparecem aos autos.

A Assessoria do CCMG, em Parecer fundamentado, opina, em preliminar, pelo indeferimento da prova pericial requerida e no mérito, pela procedência parcial do lançamento, para excluir o Sr. Valdeci Donizetti Faria do polo passivo da presente obrigação tributária, por falta de comprovação de seu poder de gerência. Opina, também, pela improcedência da impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Do Pedido de Prova Pericial

A Impugnante/Autuada pleiteia a produção de prova pericial, “*para que seja comprovado as remessas e devoluções dos produtos comercializados*”.

Afirma que, na perícia, deve ser realizada “*a análise quantitativa dos CFOPs lançados pela empresa nas notas fiscais, mensalmente, especificando os produtos e seus valores, que foram remetidos e devolvidos durante o período*”.

Entende que, “*para apuração da verdade real dos fatos*”, é imprescindível a realização de uma perícia contábil, “*constatando os CFOPs de remessa e devolução dos produtos, destacando-se a quantidade, espécie e valor destes*”.

Alega que “*qualquer decisão em contrário, caracteriza-se como cerceamento de Defesa da empresa autuada*”.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispendo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de

conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os elementos carreados aos autos pela Fiscalização revelam-se suficientes para a elucidação do trabalho realizado, não havendo necessidade de uma “*análise quantitativa*” dos produtos, como requer a Defesa.

Conforme se verá no exame de mérito, todas as operações de remessa e devolução dos produtos, objeto de autuação, foram consideradas no procedimento realizado pelo Fisco.

Ademais, essa “*análise quantitativa*” não demanda especialista com conhecimentos técnicos específicos, uma vez que a própria Defesa, se quisesse, poderia trazê-la aos autos.

Desse modo, entende-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

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

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Assim, indefere-se o pedido de prova pericial, com fulcro na norma ínsita no art. 142, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c”, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

RPTA

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

c) considerado meramente protelatório.

Importa registrar que não há dúvidas de que a Defesa 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, não se vislumbrando, assim, qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Observa-se, ainda, que o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Sujeitos Passivos todos os prazos legalmente previstos para apresentar a defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Autuada, cuja atividade econômica principal é de comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios, promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal nos exercícios de 2019 a 2021, deixando, portanto, de recolher o ICMS devido nas operações.

Irregularidade verificada por meio de conclusão fiscal, mediante o confronto do valor de faturamento declarado pela empresa em PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório) com a receita de vendas apurada pelo Fisco a partir da análise de documentos fiscais e subsidiários da Contribuinte, procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, incisos I e V, do RICMS/02:

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;

(...)

V - conclusão fiscal;

Em Relatório Fiscal, o Fisco detalha que a “*Receita de Vendas Apurada*” foi constituída pelo somatório das vendas efetuadas pela Contribuinte no estabelecimento autuado e fora dele, da seguinte forma: “*Total das Vendas Calculadas pelo Fisco relativas às Vendas Efetuadas no Estabelecimento*” + “*diferença entre as NFE CFOP 5904 e NFE CFOP 1904 emitidas pelo sujeito passivo (Vendas Efetuadas Fora do Estabelecimento)*”.

Esclarece também que o valor das vendas efetuadas pela Contribuinte no estabelecimento foi obtido com base nas seguintes informações:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Estoques iniciais e finais declarados pela Contribuinte – valores extraídos da Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais/Simples Nacional - DEFIS (Anexo 2 do Auto de Infração), do Balanço Patrimonial (Anexo 3 do Auto de Infração) e do Registro de Inventário (Anexo 9 do Auto de Infração), todos equivalentes;

- Aquisições de mercadorias, conforme notas fiscais emitidas por terceiros à Autuada, obtidas por meio do programa Auditor Eletrônico (Anexo 1 do Auto de Infração), assim como Devoluções de Compras (extraídas da DEFIS - Anexo 2 do Auto de Infração);

- Despesas Custeadas pela Contribuinte – em relação a essas despesas, o Fisco informa que, *“apesar de os valores das Despesas contidas na DRE demonstrarem de maneira mais real as Despesas Custeadas pelo contribuinte, insta ressaltar que foi utilizado o valor das Despesas contido na DEFIS (Anexo 2)”*, por ser mais benéfico à Autuada, conforme detalhamento do **“Quadro 3”** (págs. 11 do Relatório Fiscal);

- Margem *“Aparada”* obtida de acordo com o setor de atividade da Contribuinte (considerando CNAE, faturamento, região, e CMV dos contribuintes do mesmo setor), conforme demonstrado às págs. 7/9 do Relatório Fiscal (tópico 8.1.2.1.3), apurando os valores apresentados no **“Quadro 2”** de págs. 9;

- Margem *“do Contribuinte”* calculada com base nas informações do Faturamento Declarado pela Contribuinte no PGDAS-D (Anexo 5 do Auto de Infração), de Estoque Inicial e Final declaradas no BP (Anexo 3 do Auto de Infração) e de aquisições de mercadorias (NFE de Entrada emitidas por terceiros - Anexo 1 do Auto de Infração), diminuídas das Devoluções de Compras (DEFIS – Anexo 2 do Auto de Infração), conforme demonstrativo do **“Quadro 2.1”** do Relatório Fiscal (págs. 9 do Relatório Fiscal);

- Faturamento declarado pela Contribuinte no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D) e Receita de vendas extraídas da DRE.

A partir dessas informações, o Fisco, inicialmente, apurou o Custo da Mercadoria Vendida – CMV por meio da equação *“EI (Estoque inicial) + CP (Compras – Devoluções) - EF (Estoque final)”*.

Em seguida, aplicando a margem de lucro (*“Aparada”*), tendo em vista ser menor do que a *“do Contribuinte”* – vide quadro comparativo de págs. 10 do Relatório Fiscal) sobre o CMV e acrescentando as despesas operacionais do período, o Fisco apurou a receita de vendas em cada exercício financeiro ($RV = (CMV * (1+ML)) + D$).

Observando que referida receita de vendas, apurada com base nas informações declaradas pela Contribuinte, alcançava valores superiores ao faturamento também declarado pela empresa, o Fisco concluiu que restou configurada a ocorrência de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, conforme dados constantes do **“Quadro 4”**, que compõe o Relatório Fiscal (págs. 14).

Dando continuidade à análise dos arquivos/documentos da Contribuinte, o Fisco registrou que. *“embora conste nos registros da SEF/MG como Formas de*

Comercialização do autuado unicamente a de “Venda Direta no estabelecimento”, conforme anexo “Siare Consulta Dados Atuais Contribuinte”, verificou-se que esse efetua também Vendas Fora do estabelecimento, emitindo NFE CFOP 5904 e, quando do retorno para a empresa, emitindo NFE CFOP 1904, conforme as contidas no Anexo I”(destacou-se).

Ao constatar que as mercadorias adquiridas/recebidas de terceiros presentes no Anexo 1 (de CFOP 5101, 5102, 5405, 5929, 6101, 6102, 6403, 6404, 6910, 6949) têm descrição diferente daquelas constantes nas notas fiscais emitidas pela Autuada “quando efetua remessa (CFOP 5904), assim como nas emitidas quando do retorno de venda fora do estabelecimento relativas aos (CFOP 1904)”, o Fisco registrou a seguinte conclusão:

Conclui-se, portanto, que as mercadorias comercializadas quando da venda para fora do estabelecimento (notas fiscais CFOP 5904), contidas no Anexo 1, não estão inclusas dentre as de CFOP 5101, 5102, 5405, 5929, 6101, 6102, 6403, 6404, 6910 6949, as quais estão apresentadas no Anexo 1, **não sendo possível ao Fisco obter o Custo de Mercadorias Vendidas (CMV) relativo às mercadorias contidas nas notas fiscais CFOP 5904 e 1904**, uma vez que, mediante as informações das notas fiscais de terceiros tendo como destinatário o autuado (Anexo 1), e pelas informações contidas nas notas fiscais de saída para venda fora do estabelecimento (CFOP 5904) e nas notas fiscais de retorno de venda para fora do estabelecimento (CFOP 1904), ambos CFOP 5904 e 1904 cujas notas fiscais foram emitidas pelo autuado e estão presentes no Anexo 1, **não há como ser obtido o valor das aquisições relativas às mercadorias contidas nas NFE CFOP 5904 e/ou NFE CFOP 1904.**

(destacou-se)

Assim, o Fisco adotou como premissa a de que as vendas realizadas fora do estabelecimento correspondiam ao resultado da “*diferença entre as NFE CFOP 5904 e NF CFOP 1904 emitidas pelo sujeito passivo*”, constantes do Anexo 1 do Auto de Infração.

Às págs. 18/20 do Relatório Fiscal complementar ao Auto de Infração (tópico 8.1.2.3), o Fisco registrou diversas inconsistências detectadas nos registros/informações da Contribuinte que motivaram o procedimento fiscal previsto no art. 194, incisos I e V, do RICMS/02, adotando, assim, o arbitramento de valores, “segundo previsão contida nos incisos I, III, IV, e VI do artigo 51, c/c § único inciso I desse mesmo artigo da Lei Estadual nº 6.763/75, c/c os seguintes artigos do Decreto 43.080/2002 (RICMS/MG): artigo 53, incisos I, III, IV, e VI, c/c artigo 54 inciso IV, e §§ 3º, e 4º desse artigo, c/c inciso V do artigo 194, c/c § 4º do artigo 194”.

Para corroborar a necessidade do arbitramento adotado, o Fisco, com base no quadro comparativo apresentado às págs. 12 do Relatório Fiscal, observou que, em

2019, por exemplo, o total de faturamento declarado pela Contribuinte em PGDAS foi menor do que o valor apurado de vendas realizadas fora do estabelecimento (CFOP 5904 menos CFOP 1904), sem agregar qualquer margem de lucro, e ainda sem acrescentar as vendas efetuadas no estabelecimento.

Ao apurar a base de cálculo de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal em relação às vendas realizadas fora do estabelecimento, o Fisco agregou, ao “*resultado do total anual das NFE CFOP 5904 (O), subtraído do total anual das NFE CFOP 1904 (P)*”, a margem de lucro (“Aparada”, tendo em vista ser menor do que a “do Contribuinte” – vide quadro comparativo de págs. 10 do Relatório Fiscal), conforme “**Quadro 4**” de págs. 14 do Relatório Fiscal.

Portanto, o total de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período autuado, foi apurado pelo Fisco mediante o confronto entre o faturamento anual declarado pela Contribuinte em PGDAS-D e o total das vendas calculadas pelo Fisco em relação ao mesmo período, composto do resultado das vendas realizadas pela empresa no estabelecimento (obtido com base nas notas fiscais de entradas emitidas por terceiros e informações de estoques inicial e final) somado ao resultado das vendas realizadas fora do estabelecimento (obtido mediante o cotejo das Notas Fiscais Eletrônicas CFOP 5904 e das Notas de CFOP 1904).

Conforme registrado às págs. 16/18 do Relatório Fiscal, o Fisco, após intimações emitidas à Contribuinte desde 02/02/22 para solicitar documentos fiscais/contábeis, encaminhou à empresa, em 30/08/22, intimação relativa ao procedimento fiscal de “Cruzamento eletrônico de Dados”, solicitando esclarecimentos referentes às inconsistências detectadas, relacionadas na intimação.

No entanto, a Contribuinte “*não apresentou provas que pudessem refutar as irregularidades apresentadas pelo Fisco na Intimação de 30/08/2022, não logrou comprová-las através de documentos hábeis, nem regularizou as inconsistências mediante Denúncia Espontânea*”.

Assim, “*em 19 de setembro de 2022, foi encerrada a Atividade Fiscal Exploratória e iniciada a Atividade Fiscal de Auditoria, nos termos do inciso II do § 3º do artigo 68 do RPTA/MG, mediante envio do AIAF nº 10.000043792.90, via DTe, conforme anexo “12 AIAF 10.000043792.90”, tendo como objetivo a verificação do cumprimento de obrigações principal e acessória, inclusive escrituração contábil, previstas na legislação tributária e societária vigente, tendo sido informado ao contribuinte mediante comunicação eletrônica em 19/09/2022, conforme anexo “13 Comunicado AIAF e-mail 19 setembro”, e o autuado dado ciência do AIAF em 19/09/2022, conforme anexo “14 Ciência AIAF 10.000043792.90”*”.

Diante de tudo isso, foi lavrado o presente Auto de Infração para as exigências cabíveis.

Para a apuração do imposto devido, o Fisco procedeu ao rateio das saídas regulares de mercadorias com tributação normal, “**Quadro 5**”, e com substituição tributária (ST) em operação anterior, “**Quadro 6**”, págs. 21/22 do Relatório Fiscal.

Em relação à parcela de saídas desacobertadas de documento fiscal proporcional às saídas regulares de mercadorias sujeitas à tributação normal, houve

exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

Já em relação à parcela proporcional às saídas regulares de mercadorias sujeitas à substituição tributária, houve exigência somente da referida Multa Isolada.

Todo o Demonstrativo do crédito tributário encontra-se perfeitamente identificado nas planilhas que integram o Anexo 6 do Auto de Infração (Planilha de Apuração 2019 a 2021), com aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento), nos termos do art. 12, § 71, inciso I, da Lei 6.763/75, constando inclusive os “**Quadros 2 a 6**” citados acima.

Ainda em Relatório Fiscal, o Fisco esclarece que o trabalho se deu com base em levantamento contábil e fiscal, e não em levantamento quantitativo de mercadorias (físico), portanto, não há, na apuração, influência de quantidades e, sim, de valores.

Foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigados, o Sr. João Pedro Surian Cera Filippini, sócio-administrador da Autuada, e o Sr. Valdeci Donizetti Faria, intitulado como administrador, pelos atos por eles praticados com infração à lei (dar saída de mercadorias desacobertada de documento fiscal), resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime simplificado do Simples Nacional, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal na saída de mercadoria, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140/18.

Em sua peça de defesa, a Impugnante/Atuada declara que “*é empresa de venda de roupas íntimas, funcionando no modo de consignação, com remessa para venda fora do estabelecimento e retorno dos produtos não vendidos, e não possui outras atividades secundárias*”.

Alega que, na apuração do crédito tributário, o Fisco “*desconsiderou o fato de existir CFOPs de retorno de mercadorias (prática comum na comercialização de Consignação), as quais foram indevidamente consideradas como vendas desacobertadas de documentos fiscais*”.

Defende que, “*em virtude do tipo de comercialização realizada pela impugnante, faz-se necessária a análise quantitativa dos produtos comercializados pela empresa de forma mensal, observando periodicamente em todos os exercícios, a quantidade de produtos remetidos para venda em consignação, e a quantidade retornada*”.

Afirma que “*a análise mensal justifica-se pelo fato de a empresa remeter produtos para venda com prazo para retorno, com a possibilidade de devolução*”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acontecer em mês diverso da remessa, ou até mesmo em exercício anual diverso da remessa”.

Contudo, não procedem os argumentos apresentados pela Defesa.

Conforme já registrado, o Fisco deduziu os valores constantes das notas fiscais de entrada de CFOP 1904 emitidas pela Contribuinte daqueles lançados nas Notas Fiscais de Saída de CFOP 5904, apurando, assim, as vendas desacobertadas de documentação fiscal realizadas “*Fora do Estabelecimento*”.

Vale comentar que, de acordo com os elementos constantes dos autos, não houve emissão pela Autuada de nota fiscal relativa à venda fora do estabelecimento, isto é, com CFOP 5104/6104.

Dessa forma, correta a conclusão do Fisco de que a **diferença** dos valores constantes das notas fiscais de **remessa** para venda fora do estabelecimento (CFOP 5904) e dos valores registrados nas notas fiscais de **retorno** das mercadorias remetidas para venda fora do estabelecimento (CFOP 1904) se referem a saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal.

Portanto, ao contrário do entendimento da Defesa, os valores constantes das notas fiscais emitidas quando do retorno da remessa de mercadorias para venda fora do estabelecimento (CFOP 1904) **não** foram considerados como vendas desacobertadas de documentos fiscais.

A título de informação, observa-se que, em que pese a Impugnante/Atuada declarar que funciona “*no modo de consignação*”, analisando os CFOPs das notas fiscais de terceiros remetidas à Contribuinte, constantes do Anexo 1 do Auto de Infração, não se verifica nenhuma operação com CFOP 5917/6917, correspondente a “*remessas de mercadorias a título de consignação mercantil ou industrial*”.

Também equivocado o argumento da Defesa de que, no presente trabalho, há necessidade de “*análise quantitativa dos produtos comercializados pela empresa de forma mensal*”.

O fato de a Contribuinte remeter mercadoria para venda fora do estabelecimento, bem como retornar com os produtos não vendidos, não prejudica a auditoria na forma em que foi realizada pelo Fisco, por meio de análise documental (contábil/fiscal) a cada exercício financeiro fiscalizado, que, inclusive, alcança até mesmo as operações relativas a devoluções ocorridas em mês diverso da remessa.

Ademais, conforme demonstrado nos autos pelo Fisco, existem inconsistências nos inventários declarados pela Contribuinte que dificultariam a realização de um levantamento quantitativo de mercadorias (físico), como, por exemplo, a indicação de diversos códigos para uma mesma mercadoria:

9931	TANGÃO SANDUICHE - 703	61082200 30	1,25	37,5
10446	TANGÃO SANDUICHE 703	61082200 77	1,25	96,25
10121	TANGÃO SANDUÍCHE 703	61082200 150	1,25	187,5
10674	TANGÃO SANDUÍCHE 703	61082200 75	1,25	93,75

Desse modo, entende-se correto o procedimento fiscal de apurar as irregularidades descritas nos autos com base em análise de documentos fiscais e subsidiários da Contribuinte, nos termos do art. 194, incisos I e V, do RICMS/02.

A Impugnante/Autuada afirma que o Fisco “*realizou um cálculo de tributação de ICMS com alíquota de 18% (dezoito por cento), incidente sobre a Base de Cálculo de Venda fora do Estabelecimento subtraindo o Retorno da Venda, sem a Margem Aparada*”.

Destaca que “*os valores apurados desta subtração são a única forma de comercialização de produtos da empresa, e, portanto, já está contido nas vendas realizadas e declaradas no PGDAS pela impugnante*”.

Aduz que, com essa forma de cálculo, o Fisco “*estaria aplicando a bitributação sobre o mesmo fato gerador*”.

Assim, requer que seja “*extirpado deste cálculo o valor do faturamento declarado no PGDAS*”.

Todavia, mais uma vez se equivoca a Defesa.

De fato, a alíquota de 18% (dezoito por cento) foi aplicada sobre a base de cálculo de venda fora do estabelecimento, mas, referida base de cálculo foi obtida mediante o cotejo das notas fiscais eletrônicas de CFOP 5904 e das notas de CFOP 1904, acrescido da margem de lucro (“Aparada”; tendo em vista ser menor do que a “do Contribuinte” – vide quadro comparativo de págs. 10 do Relatório Fiscal), conforme “**Quadro 4**” de págs. 14 do Relatório Fiscal.

Como bem esclarecido pelo Fisco e, diversamente do alegado pela Defesa, essa não é a única forma de comercialização de produtos da Contribuinte.

De acordo com os dados cadastrais da Contribuinte junto à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG (vide tela anexada pelo Fisco às págs. 13 da Manifestação Fiscal), a forma de comercialização da empresa é “**venda direta no estabelecimento**” (destacou-se).

Portanto, a receita total de vendas apurada pelo Fisco é composta pelas vendas “no estabelecimento” e “fora do estabelecimento”.

Considerando que o Fisco já deduziu o valor de faturamento declarado pela Contribuinte em PGDAS ao apurar as saídas desacobertadas de documentação fiscal em relação às vendas efetivadas “no estabelecimento”, não há que se falar em nova dedução em relação às vendas apuradas “fora do estabelecimento”.

No que se refere à apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, **em duas vertentes** - vendas efetuadas no estabelecimento (adquiridas pelas notas fiscais emitidas por terceiros com CFOPs 5101, 5102, 5929, 6101, 6102, 6404, 6910, 6949) e vendas efetuadas fora do estabelecimento (com base nas notas fiscais emitidas pela Autuada de CFOPs 5904 e 1904), a Assessoria do CCMG solicitou maiores esclarecimentos ao Fisco acerca dessa forma de apuração, conforme Diligência de págs. 390/393.

Em atendimento à solicitação, o Fisco manifestou-se às págs. 394/405 dos autos, registrando que as informações prestadas pela Contribuinte são confusas, pois, enquanto ela afirma nos autos que funciona apenas “*no modo de consignação*”, com remessa para venda fora do estabelecimento e retorno dos produtos não vendidos, ela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

informa à SEF/MG que realiza exclusivamente “vendas diretas no estabelecimento”, “conforme consta no subitem 8.1.2.1.7 às folhas 11 de 29 do Relatório Fiscal e imagem do SIARE”.

Analisando as notas fiscais emitidas pela Contribuinte no período autuado, o Fisco observou que:

- em 2019, 98,97% do total das NFE de Saída de Emissão Própria são de CFOP 5904, e 1,03% são de CFOP 5102, 5405, 6102, 6202;
- em 2020, em 98,97% do total das NFE de Saída de Emissão Própria são de CFOP 5904, e 1,03% são de CFOP 5102, 5405, 6102, 6202,
- em 2021, 98,16% do total das NFE de Saída de Emissão Própria são de CFOP 5904, e 1,84% são de CFOP 5102, 5405, 6102, 6202.

Assim, o Fisco concluiu que “o contribuinte realiza vendas “No Estabelecimento”, e “Fora” desse”.

De acordo com os dados cadastrados pela empresa no SIARE, a atividade principal/secundária da Contribuinte é comércio varejista e atacadista (CNAE Principal, 4781-4/00, e Secundária, 4641-9/03), não realizando, portanto, nenhum processo de industrialização.

Diante disso, o Fisco inferiu que:

(...) os Tipos de Itens possíveis de serem comercializados pela empresa deveriam ser, necessariamente:

- em 2019: os Tipos de Itens do Inventário de 2018 acrescidos dos Tipos de Itens adquiridos em 2019;
- em 2020: os Tipos de Itens do Inventário de 2019 acrescidos dos Tipos de Itens adquiridos em 2020;
- em 2021: os Tipos de Itens do Inventário de 2020 acrescidos dos Tipos de Itens adquiridos em 2021.

No entanto, o Fisco observou que as descrições das mercadorias contidas nas notas fiscais de CFOP 5904 e 1904 **são divergentes** daquelas relacionadas nas notas fiscais de entrada emitidas por terceiros e nos registros de inventário, não sendo possível obter os valores de compra e estoques das mercadorias constantes das notas fiscais de CFOP 5904.

Referida observação foi demonstrada pelo Fisco às págs. 4/9 da segunda Manifestação Fiscal e seus anexos (arquivos “Anexo 1.01” e “Anexo Comparação 2019 a 2021”), apresentados em razão da diligência da Assessoria do CCMG.

Ressalta-se que, após o cumprimento dessa medida determinada pela Assessoria do CCMG, a Defesa não compareceu mais aos autos, não apresentando, assim, qualquer contestação a respeito dessa análise fiscal no que tange às mercadorias comercializadas pela empresa.

Cumprir registrar também que, considerando que o cotejo das notas fiscais eletrônicas de CFOP 5904 e de CFOP 1904 representa a venda efetiva realizada pela Contribuinte “fora do estabelecimento”, observa-se que os valores de estoque inicial e compras (EI + CP) registrados pela empresa em cada exercício autuado não suportam o valor total de venda realizada “fora do estabelecimento”, o que corrobora com a conclusão de que as mercadorias registradas nos estoques e nas notas fiscais de entrada emitidas por terceiros não abrangem aquelas comercializadas “fora do estabelecimento” (CFOP 5904 – CFOP 1904).

Dessa forma, correta a apuração fiscal, de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, em duas vertentes - vendas efetuadas no estabelecimento (adquiridas pelas notas fiscais emitidas por terceiros com CFOPs 5101, 5102, 5929, 6101, 6102, 6404, 6910, 6949) e vendas efetuadas fora do estabelecimento (com base nas notas fiscais emitidas pela Autuada de CFOPs 5904 e 1904).

A Fiscalização comenta, ainda, que os arbitramentos foram utilizados na apuração fiscal, uma vez que a Autuada não cumpriu com suas obrigações acessórias de apresentar ao Fisco a documentação e os dados corretos de estoque e faturamento, além de não ter emitido todos os documentos fiscais de saída de mercadorias.

Ressalta-se que a metodologia utilizada no presente Auto de Infração não é inatacável, mas, para desconstituir os resultados atingidos com sua aplicação, deve a Defesa apontar e comprovar as falhas existentes e não apenas discordar da metodologia de apuração.

Pelos elementos constantes dos autos, os argumentos suscitados pela Defesa não foram capazes de desconstituir a acusação fiscal.

Inexistindo provas em contrário à acusação fiscal, aplica-se ao caso o disposto no art. 136 do RPTA, *in verbis*:

RPTA

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacoberta de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria desacoberta 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:

RICMS/02

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:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

(...)

Com referência à metodologia de apuração do crédito tributário, cumpre salientar que o fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação, não tem o condão de remeter a apuração do crédito tributário decorrente da realização de vendas de mercadorias desacobertas de documento fiscal à sistemática do referido regime, haja vista o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

Em outras palavras, independentemente de estar 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:

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 desacoberta de documento fiscal;

(...)

Correto, portanto, o procedimento fiscal e as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75, em relação à parcela de saídas desacobertas de documento fiscal proporcional às saídas regulares de mercadorias sujeitas à tributação normal:

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 desacoberta de documento fiscal, salvo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

(...)

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

Já em relação à parcela proporcional às saídas regulares de mercadorias sujeitas à substituição tributária, correta a exigência somente da referida Multa Isolada.

Registra-se que, conforme se verifica no Demonstrativo do Crédito Tributário, a multa isolada exigida encontra-se dentro do limite previsto na legislação supra.

No tocante à sujeição passiva, o Impugnante/Coobrigado, Sr. Valdeci Donizetti Faria, alega que é *“pessoa física, contador da empresa de venda de roupas íntimas autuada, sendo caracterizado de forma equivocada como administrador da empresa no auto de infração ora impugnado”*.

Afirma que possui *“escritório de contabilidade separado da empresa, com a funcionalidade de prestar serviços contábeis para diversas empresas”* e que *“nunca administrou a empresa autuada, mas tão somente foi contratado para prestação de serviços contábeis conforme o contrato anexo”*.

Registra que, *“no contrato, ainda é previsto na Cláusula II, item 2.4, que a contabilidade somente se responsabiliza pelos documentos enviados pela empresa, e não de documentos que forem emitidos sem o seu conhecimento”*.

Acrescenta que *“o nome do impugnante nunca constou nos documentos de constituição e regularização da empresa, como administrador desta”*.

Assim, entendendo que não há amparo legal para *“autuar como coobrigado o Contador prestador de serviços a empresa, e este nunca foi administrador desta, requer exclusão do impugnante como coobrigado do auto de infração emitido”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco, por seu turno, registra, em sua manifestação fiscal, que “*a responsabilidade dos mandatários fundamenta-se pelo inciso II do artigo 135 do CTN, c/c inciso I do § 2º do artigo 21 da Lei nº 6.763/75*”.

Afirma, também, que “*a responsabilidade tributária do mandatário restou caracterizada documentalmente pela Procuração nº 6542309, onde consta como procurador o Sr. Valdeci Donizetti Faria*”.

Sendo assim, conclui-se que a inclusão do Sr. Valdeci Donizetti Faria no polo passivo da presente obrigação tributária, na condição de Coobrigado/**Administrador**, se deu em razão da existência da Procuração nº 6542309, na qual ele é citado como procurador (vide documentação constante às págs. 178/182 dos autos – Anexo 10 do Auto de Infração).

Analisando referida Procuração, verifica-se que, na verdade, ela concede ao Sr. Valdeci Donizetti Faria, poderes **limitados** à prática de atos de alterações contratuais, em relação a alguns tópicos específicos, perante a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – JUCEMG. Confira-se:

Por este instrumento particular, os outorgantes constituem procurador o outorgado, a quem confere poderes específicos para assinar requerimento/capa de processo e ato de alteração com cessão de cotas, objeto social, atividade econômica e alteração da cláusula de falecimento, da empresa **FILIPPINI & ROSA ANDRADE LTDA - EPP**, inscrita no CNPJ sob o nº 17.873.827/0001-02, podendo assinar a declaração do art. 1011 da lei 10.406/2002 e outros documentos necessários à efetivação do ato empresarial em nome dos outorgantes, praticado com o uso de certificação digital, a ser apresentado para arquivamento perante a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – JUCEMG, vedado o substabelecimento a terceiros dos poderes ora conferidos.

Observa-se, então, que **não se trata** de um instrumento de mandato que concede ao Sr. Valdeci Donizetti Faria, amplos poderes de administração/gestão dos negócios sociais da empresa autuada.

Diante disso, considerando que a Procuração em análise é a única motivação apresentada nos autos pelo Fisco para inclusão do Sr. Valdeci Donizetti Faria no polo passivo da obrigação tributária como Coobrigado/Administrador e restando demonstrado que referido documento não concede a ele amplos poderes de administração/gestão dos negócios sociais da empresa autuada, resta patente que a responsabilidade tributária do Coobrigado em questão não se encontra fundamentada/demonstrada nos autos.

Assim, deve ser excluído, do polo passivo da presente obrigação tributária, o Sr. Valdeci Donizetti Faria.

Por sua vez, o Impugnante/Coobrigado Sr. João Pedro Surian Cera Filippini atesta que é “*sócio administrador da empresa de venda de roupas íntimas autuada a partir do ano de 2019*”, mas afirma que, “*durante o período fiscalizado, o impugnante não praticou nenhum ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*”.

Reclama que, para fundamentar a responsabilidade tributária de sócio, o Fisco indicou o art. 135, inciso III, do CTN “*apenas formalmente, sem apontar em suas*

razões qualquer motivação em relação aos requisitos de fato para aplicação da norma”.

Transcrevendo os arts. 134 e 135 do CTN, o Impugnante/Coobrigado depreende que *“o legislador buscou ampliar a responsabilidade pelo crédito tributário àquela “pessoa física” que agiu em nome da pessoa jurídica e praticou atos contrários às boas práticas administrativas, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos e decorre da lógica jurídica, quando a pessoa jurídica não possui condições de responder pelo crédito”.*

Entende que, *“se a norma exige a impossibilidade de cumprimento pelo devedor principal, para que seja exigido daqueles elencados nos incisos do artigo, é certo que não é caso de solidariedade e sim de subsidiariedade”.*

Sustenta que, *“além da falta de condições financeiras e patrimoniais da pessoa jurídica, deve haver o preenchimento de outro importante requisito, qual seja, administração com excesso de poderes ou infração da lei, contrato ou estatuto”.*

Afirma que, no presente caso, o Fisco não demonstrou *“que a empresa atuada não possui patrimônio suficiente para arcar com todo crédito tributário”* e nem apontou *“atos de gestão com excesso de poderes ou de forma a contrariar a lei, estatuto ou contrato, por parte do impugnante”.*

Conclui que *“há que se comprovar o excesso de poderes ou a contrariedade à lei, contrato ou estatuto, o que não ocorreu e certamente que o mero inadimplemento de obrigação tributária, caso exista, entendimento já pacificado em nosso sistema jurídico, não é motivo suficiente para ensejar na responsabilização do sócio”.*

No entanto, equivocou-se a Defesa ao alegar que *“não é caso de solidariedade e sim de subsidiariedade”*, pois, conforme legislação abaixo reproduzida, a responsabilidade do Coobrigado/Sócio-administrador é solidária e advém de infração à dispositivo legal.

Destaca-se que, no caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária ao Coobrigado/Sócio-administrador, e, sim, a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando promoveu saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido, caracterizando dolo, fraude ou simulação.

Essa sistemática necessita, evidentemente, de decisão gerencial, efetivada com infração de lei, portanto, alcançada pela responsabilidade prevista na legislação.

Induvidoso que o sócio-administrador tem conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos constitui prática com o claro intuito de supressão da obrigação tributária principal, o que fundamenta a inclusão do Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária.

Acrescenta-se que, segundo o disposto no art. 124, parágrafo único, do CTN, a solidariedade não comporta benefício de ordem, ou seja, o Fisco pode direcionar a cobrança somente à Atuada, ou a ambos, como ocorreu no caso dos autos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTN

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

(...)

Dessa forma, correta a eleição do Coobrigado/Sócio-administrador para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

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

(...)

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

Lei nº 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:

(...)

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.

Em relação à exclusão da empresa do regime simplificado do Simples Nacional, a Impugnante/Autuada *“requer que o Processo de Exclusão do Simples Nacional seja suspenso até o trânsito em julgado deste Processo Tributário Administrativo”*.

De fato, apenas após a decisão administrativa definitiva desfavorável à Contribuinte, oportunidade em que o Fisco deverá cumprir os demais ditames constantes da legislação, tais como registrar a exclusão no Portal do Simples Nacional, estará a Autuada excluída do Simples Nacional, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro e de acordo com o art. 29, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06 e Resolução CGSN nº 140/18.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, que, no momento, é objeto de análise e julgamento, foi emitido para iniciar o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime de Simples Nacional, em atendimento aos dispositivos constantes da Lei Complementar nº 123/06, sendo que somente será concluído após a decisão administrativa definitiva desfavorável à Contribuinte.

Vale dizer que o procedimento do Fisco de exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional se encontra correto, tendo em vista a comprovação, nos presentes autos, de que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertas 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 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140/18:

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:

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN n° 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 subseqüentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1°)

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar n° 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

(...)

§ 3° 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 n° 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6° Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 29, § 9°)

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, em um ou mais procedimentos fiscais; ou

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 desacobertas de documentos fiscais.

Nesse sentido, em cumprimento ao devido processo legal, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, dando início ao processo de exclusão, conforme documentação integrante do Anexo 8 do Auto de Infração – págs. 106/107 dos autos, em que consta que “*a data de apuração inicial considerada para fins de exclusão será a partir de 01 de dezembro de 2019*”.

Conforme esclarecido pelo Fisco, a ação fiscal que culminou no presente lançamento, iniciada por meio do AIAF nº 10.000043792.90, contempla os exercícios de 2018 a 2021, sendo que a acusação fiscal relativa ao exercício de 2018 foi formalizada no PTA nº 01.002703339-73, para fins de distinção da corresponsabilidade pelo crédito tributário, atribuída aos sócios-administradores em cada período autuado.

Assim, o Fisco considerou a data inicial de 01/12/19 para fins de exclusão, tendo em vista que as exigências fiscais foram apuradas ao final de cada exercício, restando caracterizada a prática reiterada nos termos da Lei Complementar nº 123/06 (no caso, a realização de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais por dois períodos de apuração consecutivos) em dezembro de 2019.

Destaca-se que a Contribuinte 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 - 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 24.448/23/1ª:

ACÓRDÃO 24.448/23/1ª

(...)

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. NOS TERMOS DO ART. 173, INCISO I DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, O PRAZO DECADENCIAL APLICÁVEL AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO É DE 5 (CINCO) ANOS CONTADOS A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA SER EFETUADO. NO CASO DOS AUTOS, NÃO SE ENCONTRA DECAÍDO O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE FORMALIZAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA ELEIÇÃO. O SÓCIO-ADMINISTRADOR RESPONDE PELOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES ÀS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DECORRENTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODER

OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO, POR FORÇA DO ART. 135, INCISO III DO CTN E ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA POR MEIO DE CONCLUSÃO FISCAL, MEDIANTE O CONFRONTO COM OS DADOS DECLARADOS NO PGDAS-D (PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO) COM A RECEITA DE VENDAS APURADA PELO FISCO ATRAVÉS DA ANÁLISE DE DOCUMENTOS FISCAIS E SUBSIDIÁRIOS DA AUTUADA. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E V DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA "A", C/C § 2º, INCISO I, TODOS DA LEI Nº 6.763/75. NO TOCANTE À PROPORÇÃO DAS SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, EXIGIU-SE SOMENTE A CITADA MULTA ISOLADA.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. CORRETA A EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI, § § 1º E 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C ART. 84, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 140/18.

DECADÊNCIA NÃO RECONHECIDA. DECISÃO UNÂNIME.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DECISÕES UNÂNIMES.

Portanto, conforme já registrado, somente após a publicação do julgamento do presente feito, será processada pelo Fisco a exclusão da Contribuinte do regime simplificado do Simples Nacional.

Vale reforçar que a exclusão da Autuada do Simples Nacional se apresenta devidamente motivada e foram observados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, o que torna regular referido ato, estando, ainda, respaldado tal procedimento pela jurisprudência do E. TJMG. Examine-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - VENDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL - PRÁTICA REITERADA - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - RECURSO DESPROVIDO. 1. A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, QUE INSTITUIU O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, PREVÊ A EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, QUANDO DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL DE VENDA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, DE FORMA REITERADA. 2.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSTATADAS AS SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A EXCLUSÃO DA EMPRESA AGRAVANTE DO SIMPLES NACIONAL ENCONTRA-SE DEVIDAMENTE MOTIVADA. 3. SEM ELEMENTOS PARA AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, HÁ QUE SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR DE REINCLUSÃO DA IMPETRANTE NO PROGRAMA. 4. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMG- AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001, RELATOR(A): DES.(A) RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR, 2ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 04/07/2023, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/07/2023)

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

Dessa forma, considerando que os argumentos trazidos pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir a acusação fiscal de que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, verifica-se que se apresentam legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento, devendo apenas observar a exclusão do Sr. Valdeci Donizetti Faria do polo passivo da presente obrigação tributária, por falta de comprovação de seu poder de gerência.

Correta, portanto, também a exclusão da Contribuinte do regime simplificado do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir o Sr. Valdeci Donizetti Faria do polo passivo da presente obrigação tributária, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Dario de Castro Brant Moraes. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Revisora), Dimitri Ricas Pettersen e Frederico Augusto Lins Peixoto.

Sala das Sessões, 07 de fevereiro de 2024.

Cindy Andrade Morais
Presidente / Relatora

D