

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.230/16/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000386345-28
Impugnação: 40.010139528-54, 40.010139529-35 (Coob.)
Impugnante: Calçados Wegg'S Eireli - ME
IE: 001089702.00-49
Patrick Daniel Silva (Coob.)
CPF: 060.512.266-05
Proc. S. Passivo: Mirlene Aparecida Ferreira
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência do sócio, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatada a emissão de notas fiscais consignando valores inferiores aos realmente praticados nas respectivas operações. Infração apurada mediante confronto entre as notas fiscais emitidas e documentos extrafiscais regularmente apreendidos. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, a da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Apuração efetuada com base na análise dos arquivos copiados e apreendidos, onde foram encontrados borderôs de cobrança e os pedidos das operações efetuadas. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – SUBFATURAMENTO E SAÍDA DESACOBERTADA. Constatada a prática das infrações de subfaturamento e saída desacobertada, de forma reiterada, correta a exclusão de ofício, da Autuada, do regime do Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 123/06 e da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada emitiu notas fiscais consignando valores inferiores aos realmente praticados nas respectivas operações (subfaturamento) e promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, no período de janeiro de 2011 a outubro de 2014.

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multas Isoladas capituladas no art. 55, incisos II e VII, alínea “a”, da 21.230/16/2ª

referida lei. Na mesma oportunidade, a Autuada foi devidamente intimada do Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 20, que acompanha o Auto de Infração.

O presente trabalho encontra-se instruído pelo Auto de Infração-AI (fls. 02/19); Termo de Exclusão do Simples Nacional e DCT (fls. 20/28), Anexo 1 - Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000013309.82; Recibo de entrega dos Correios e Cópias do Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais de cada equipamento (fls. 29/37); Anexo 2 – Cópias dos Borderôs de Cobrança com pedidos, extraídos dos arquivos copiados na empresa (fls. 38/993); Anexo 3 – Planilha 1 – Confronto das notas fiscais de saída com pedidos constantes nos borderôs de cobrança e respectivas diferenças e valores do ICMS e MI (fls. 994/1084); Anexo 4 – Planilha 2 – Relação de pedidos constantes nos borderôs de cobrança sem documentos fiscais e com respectivos cálculos do ICMS e MI (fls. 1085/1110); Anexo 5 – Demonstrativo do Crédito Tributário da Planilha 1 (fls. 1111/1112); Anexo 6 – Demonstrativo do Crédito Tributário da Planilha 2 (fls. 1113/1114); Anexo 7 – Demonstrativo Total Tributário (fls. 1115/1116); CD com as Planilhas 1 e 2 e os Borderôs de Cobrança (fls. 1117).

Inconformados, o Autuado e o Coobrigado apresentam em conjunto, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.119/1.154, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 1.213/1.221.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.225/1.240, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento e pela exclusão da Autuada, do regime do Simples Nacional.

DECISÃO

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

Das Preliminares

Em relação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, a Defesa entende que o presente lançamento só teria validade se a Autuada já se encontrasse devidamente excluída do Simples Nacional.

Cita os arts. 28 e 29, inciso XI, da Lei Complementar nº 123/06, que dispõem sobre as hipóteses de exclusão do Simples Nacional, assim como a Resolução CGSN nº 94/11, que descreve em seu art. 75 a exclusão por ofício.

Afirma que a Fiscalização não cumpriu a referida Resolução, ao argumento de que o termo de exclusão foi emitido juntamente com o Auto de Infração. Entende que, somente após a formalização da exclusão, é que se poderia exigir os valores relativos à exclusão nos termos da legislação vigente.

Alega, então, que ocorreu vício de procedimento, uma vez que “*não foi cumprido requisito de validade do ato administrativo de exclusão, qual seja, ciência do termo de exclusão à micro ou pequena empresa pelo ente federativo que iniciou o processo de exclusão*”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescenta que, até a presente data, a exclusão de ofício não foi registrada no Portal do Simples Nacional e que, portanto, a Autuada ainda não foi devidamente excluída do Simples Nacional.

Entretanto, equivocado é o entendimento dos Impugnantes quando afirmam que o crédito tributário apurado pela Fiscalização é em face da exclusão da Autuada do Simples Nacional, o qual só teria validade após a devida exclusão.

Conforme se verá na análise de mérito, exige-se o imposto devido tendo em vista o disposto no art. 13, inciso VII, § 1º, inciso XIII, alínea “F” da Lei Complementar 123/06, o qual determina que não se aplica a legislação do Simples Nacional no caso de saída de mercadorias desacobertada de documento fiscal.

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

Assim, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as devidas exigências de ICMS e multas cabíveis, cientificando a Autuada do Termo de Exclusão do Simples Nacional de nº 10331851/03223720/18112015”, constante às fls. 20 dos autos.

Portanto, o Termo de Exclusão do Simples Nacional foi lavrado em face das irregularidades apuradas e também foi apreciado neste momento dada a sua vinculação às exigências fiscais.

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

Importante ressaltar que este Órgão Julgador analisa e julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. E nesse sentido tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 21.258/14/3ª:

EMENTA

(...)

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, ALÍNEAS “D” E “J” DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

No tocante ao Acórdão nº 19.536/12/2ª deste Conselho, que foi citado e anexado aos autos pelos Impugnantes, no qual se considerou nulo o procedimento fiscal, importante mencionar que o referido lançamento não caminhou na mesma linha apresentada no presente trabalho.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O referido acórdão trata de apuração fiscal de falta de recolhimento de ICMS, em razão de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, o que ensejou a intimação do Termo de Exclusão do Simples Nacional, e de recolhimento a menor do imposto, em razão do confronto entre débitos e créditos (composição da conta gráfica), cujos valores foram apurados em face da exclusão do contribuinte do regime diferenciado do Simples Nacional (efeitos da exclusão).

Ademais, importante registrar que a decisão proferida no acórdão em tela foi reformulada pela Câmara Especial, conforme Acórdão nº 3.858/12/CE, para rejeitar a nulidade arguida, retornando o processo à Câmara de Julgamento para análise das exigências fiscais, ao argumento de que *“há que se dar efetividade ao sincretismo e julgar em um mesmo procedimento, desde a acusação de saídas desacobertadas até a de falta de recolhimento de ICMS, passando pela análise da exclusão “stricto sensu”*.
Veja-se:

(...) EM RELAÇÃO AO PROCEDIMENTO A SER ADOTADO, HÁ QUE SE VERIFICAR PREVIAMENTE A MOTIVAÇÃO DA EXCLUSÃO, E A PRÓPRIA EXCLUSÃO, PARA DEPOIS, CASO SEJAM PROCEDENTES AS ACUSAÇÕES ANTERIORES, APRECIAR O MÉRITO PRINCIPAL.

REFERIDA QUESTÃO PROCEDIMENTAL, ENVOLVE MATÉRIA DE NATUREZA TÍPICAMENTE PREPARATÓRIA, E NÃO IMPÊDE QUE O LANÇAMENTO DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS DECORRENTES DA QUESTÃO PRINCIPAL DE MÉRITO SEJA JULGADO DE MANEIRA SINCRÉTICA, EM UM MESMO PROCEDIMENTO, ATÉ POR QUESTÃO DE RAZOABILIDADE, CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL.

QUANTO AO REGISTRO DA EXCLUSÃO NO PORTAL DO SIMPLES NACIONAL NA INTERNET, COMO PRECONIZA O § 4º DO ART. 4º DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07, É UM ATO ADMINISTRATIVO QUE VISA À PUBLICIDADE E QUE TEM EFEITO SIMILAR À PRÓPRIA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO JULGADOR DO ENTE DA FEDERAÇÃO QUE PROCEDEU A EXCLUSÃO.

ASSIM, HÁ QUE SE DAR EFETIVIDADE AO SINCRETISMO E JULGAR EM UM MESMO PROCEDIMENTO, DESDE A ACUSAÇÃO DE SAÍDAS DESACOBERTADAS ATÉ A DE FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS, PASSANDO PELA ANÁLISE DA EXCLUSÃO STRICTO SENSU.

POSTO ISTO, CUMPRE REGISTRAR QUE OS AUTOS RETORNAM À CÂMARA DE JULGAMENTO PARA ANÁLISE DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS. (GRIFOU-SE)

Em sequência, a Câmara de Julgamento julgou procedente o lançamento, nos termos do Acórdão nº 20.598/12/3ª, em que se verificou corretas as exigências fiscais pela saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais e pela exclusão de ofício do contribuinte do regime diferenciado do Simples Nacional, efetuando a sua recomposição da conta gráfica.

Dessa forma, verifica-se que o procedimento fiscal nos presentes autos se encontra nos termos da legislação pertinente, não havendo que se falar em nulidade procedimental.

As Impugnantes afirmam que a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração com base em indícios ou presunções, deixando de observar o dever de comprovação da ocorrência dos fatos, utilizando-se somente de parte do material apreendido que lhe interessava, destinado exclusivamente a questões gerenciais internas da empresa e desprezando todo o arcabouço contábil-fiscal que estava de posse da autoridade fiscal, que deveria ter sido analisado para a busca da verdade material.

Aduzem que a Fiscalização se furtou em cumprir as premissas que fundamentariam a exigência fiscal, previstas no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Alegam que *“tal fato até dificulta o exercício da ampla defesa/contraditório”*, pois a Fiscalização utilizou-se de *“relatórios gerenciais produzidos para outras finalidades, sem sequer fazer qualquer relação/confrontação com a escrita contábil-fiscal do contribuinte”*.

Declararam que os borderôs de cobrança são elaborados apenas para apresentar, de forma geral, os pedidos entregues pelos representantes comerciais, no entanto, não comprovam a efetiva entrega das mercadorias sem nota fiscal e que não há nos autos qualquer demonstração de prova do ilícito.

Registram que *“nem se pode alegar que caberia ao contribuinte o ônus de desfazer as presunções e indícios apontados pela Fiscalização, para desmontar a autuação em comento”*.

Citam doutrinas, acórdãos e dispositivos do RICMS/02, para demonstrar que cabe à Fazenda o ônus da prova, sempre afirmando que o Fisco jamais poderia utilizar, de forma exclusiva, os relatórios gerenciais que sequer possuem assinatura de representante da empresa, sem que fosse feito qualquer cotejo e análise dos documentos destinados a controlar entradas e saídas de mercadorias e receita.

Contudo, ao contrário do alegado pelos Impugnantes, cabe ao contribuinte o ônus da prova quando os autos tratarem de imputação fiscal de saídas desacobertas e contiverem elementos que induzam a tal conclusão, conforme dispõe o art. 136 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Pelos documentos constantes dos autos, observa-se que nos borderôs estão especificados data, nota fiscal, nº pedido, quantidade, cliente, valor, prazo, forma de pagamento e, em muitos, estão contidas informações que comprovam a saída das mercadorias conforme descrito, de forma exemplificativa, às fls. 1217/1218.

Sendo assim, os borderôs de cobrança apreendidos no estabelecimento da Autuada em equipamentos utilizados para faturamento e controle de vendas, na ausência de prova robusta que os desconstitua, são documentos idôneos para apuração dos valores reais de venda.

Observa-se, que os Impugnantes apresentam apenas argumentos protelatórios, pois não trazem qualquer documento para comprovar suas alegações, limitando-se a afirmar que os documentos extrafiscais copiados dos arquivos da

Autuada são simples “Relatórios de Borderô Cobrança”, elaborados apenas para apresentar de forma geral os pedidos entregues pelos representantes comerciais.

Também não procede a reclamação de que a Fiscalização não comparou os dados constantes dos borderôs com outros documentos da empresa, uma vez que foi mediante o confronto desses documentos extrafiscais com os registros de saída (arquivo Sintegra) que se apurou as diferenças por subfaturamento, detectando, também, as saídas desacobertadas.

Da mesma forma, não procede a alegação de não utilização de qualquer das possibilidades de apuração do crédito tributário, previstas no art. 194 do RICMS/02.

Verifica-se que o procedimento adotado na apuração do lançamento foi realizado nos exatos termos da legislação supramencionada, mediante análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários da Contribuinte.

Portanto, o presente Auto de Infração não foi lavrado com base em indícios ou presunções, como os Impugnantes alegam.

Todos os documentos necessários para a comprovação da irregularidade constatada foram devidamente analisados pela Fiscalização que determinou com clareza todos os elementos previstos no art. 142 do CTN.

Vale registrar 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 RPTA.

Induvidoso que os Impugnantes compreenderam e se defenderam 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, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Do Mérito

Conforme relatado, o trabalho fiscal desenvolvido foi de verificação da escrita fiscal e análise dos dados contidos nos arquivos copiados e apreendidos, em 16/10/14, nas dependências da empresa autuada, conforme Autos de Copiagem e Autenticação de Arquivos de fls. 32/36 (Anexo 1 do Auto de Infração).

Da análise dos arquivos copiados e apreendidos, foram encontrados borderôs de cobrança contendo o número do pedido, com informações como: data; número da nota fiscal; transportador; quantidade de mercadoria; cliente; valor; prazo; representante comercial. Tais documentos encontram-se nos autos, conforme demonstram as cópias anexadas às fls. 39/993 (Anexo 2 do Auto de Infração), cujas digitalizações se encontram no CD de fls. 1117.

De posse desses documentos e após confrontá-los com os documentos fiscais declarados pela empresa nos seus arquivos Sintegra, a Fiscalização constatou que a Autuada emitiu notas fiscais consignando valores inferiores aos realmente

praticados nas respectivas operações (subfaturamento) e promoveu saída de mercadorias desacobertada de documento fiscal, no período de janeiro de 2011 a outubro de 2014.

Como restou comprovada a prática de referidas irregularidades, mecanismos pelos quais a Autuada omitiu parte de sua receita, impedindo que essa parcela fosse alcançada pela tributação do Simples Nacional, tais operações devem ser tributadas à margem do regime de Simples Nacional, lembrando que a prática do subfaturamento possui a mesma natureza de saída desacobertada, conforme entendimento exposto, por exemplo, no Acórdão nº 19.632/12/2ª.

Por essa razão, consoante o disposto na legislação vigente, as diferenças apuradas não estão sujeitas à tributação pela sistemática do Simples Nacional, levando à aplicação do disposto na Lei Complementar nº 123/06, especificamente no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, com o consequente cálculo do ICMS devido, e seus acréscimos, pelo sistema normal de apuração, a saber:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 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;

Em relação à irregularidade de subfaturamento, a Fiscalização verificou no confronto das notas fiscais constantes dos pedidos com as do arquivo Sintegra que, para a mesma quantidade de produtos, os valores dos pedidos eram superiores aos das notas fiscais emitidas e escrituradas.

Para apuração das diferenças apontadas, foi elaborada a Planilha 1, denominada “Confronto Notas Fiscais de Saída X Borderô de Cobrança (Pedidos) e respectivas diferenças - ICMS – MI”, constante do Anexo 3 do Auto de Infração (fls. 995/1084) e, de forma digitalizada, do CD de fls. 1117, pelo que se exigiu o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada

capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “a”, da mesma lei, conforme Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 1112 (Anexo 5 do Auto de Infração).

Quanto à irregularidade de saída de mercadorias desacobertada de documento fiscal, observou que muitos pedidos continham, no campo destinado ao número da nota fiscal, a informação “S/NF” (ou não havia nenhuma informação) ou constava um número sem qualquer correlação com algum documento fiscal emitido pela empresa.

Assim, esses pedidos foram considerados como venda de mercadorias sem documentos fiscais.

Para apuração do imposto devido, foi elaborada a Planilha 2, denominada “Borderôs de Cobrança (Pedidos) sem Documento Fiscal - Valor ICMS – MI”, constante do Anexo 4 do Auto de Infração (fls. 1085/1110) e, de forma digitalizada, do CD de fls. 1117, pelo que se exigiu o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da mesma lei, conforme Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 1114 (Anexo 6 do Auto de Infração).

O Demonstrativo do Crédito Tributário Total se encontra às fls. 1116 dos autos (Anexo 7 do Auto de Infração).

A prática reiterada das infrações comentadas ensejou na lavratura e intimação do Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 20, a partir de 01/02/11, o qual também foi objeto de impugnação.

A Defesa reclama que, para o cálculo do imposto devido sobre as saídas presumidamente desacobertadas, a Fiscalização aplicou a alíquota máxima de 18% (dezoito por cento), sem considerar a natureza das operações e a possibilidade de elas não serem tributadas à referida alíquota.

Requerem, então, que seja refeito o cálculo, considerando a metodologia de alíquotas médias, baseando-se na escrituração do livro Registro de Saídas, cujo procedimento é amplamente utilizado pela Fiscalização e aprovado por este Conselho, conforme acórdãos citados na peça de defesa.

Todavia, não merecem ser acolhidas as razões dos Impugnantes.

Nas situações em que se constatou subfaturamento foi apurado o imposto devido apenas pela diferença levantada, sendo que a alíquota aplicada foi a mesma utilizada nas notas fiscais emitidas pela Autuada.

Já nas constatações de saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, a Fiscalização apurou o ICMS devido à alíquota de 18% (dezoito por cento), nos termos do art. 42, inciso I, alínea “e”, do RICMS/02, uma vez que a adoção da alíquota reduzida no percentual de 12% (doze por cento), prevista para calçados e solados, está condicionada ao fato da mercadoria ser destinada a estabelecimento contribuinte inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, conforme o art. 42, inciso I, alínea “b”, subalínea “b.55”, do RICMS/02, vigente no período autuado, o que não se verifica nos presentes autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, tratando-se da irregularidade de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e diante da impossibilidade de se caracterizar a natureza de tais operações em interna ou interestadual, deve ser adotada a alíquota vigente para as operações ou prestações internas sobre a base de cálculo respectiva, conforme dispõe o § 71 do art. 12 e o § 7º do art. 33, ambos da Lei nº 6.763/75:

Art.12 (...)

§ 71. Na hipótese do § 2º do art.49 e do art.51, a alíquota será de 18%, salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - Nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18%, caso em que será aplicada a alíquota preponderante

(...)

Art. 33. O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

(...)

§ 7º. Presume-se interna a operação, quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território mineiro com destino a outro Estado ou Distrito Federal ou a efetiva exportação, salvo nos casos de venda à ordem ou remessa para depósito nos quais a mercadoria deva ser entregue a estabelecimento situado no Estado.

Pelo exposto, verifica-se que se encontra correto o procedimento fiscal.

Também não merece guarida o argumento de que a Fiscalização deveria considerar os créditos do imposto incidente na operação de entrada das mercadorias e que, como não o fez, estaria havendo ofensa ao princípio da não cumulatividade.

Conforme já comentado em fase preliminar, a Autuada está ainda em fase de exclusão do regime diferenciado, sendo, portanto, optante do Simples Nacional, em que é vedado o aproveitamento de qualquer crédito.

Cumprir frisar que as exigências fiscais constantes do Auto de Infração, em análise, referem-se apenas às saídas de mercadorias com subfaturamento e desacobertas de documentação fiscal que deram causa ao início do processo de exclusão do referido regime.

As Impugnantes requerem a exclusão do sócio como Coobrigado, alegando que a presente situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas na Portaria nº 148 de 16/10/15.

Contudo, ao contrário do alegado pela Defesa, as hipóteses constantes do Auto de Infração estão claramente dispostas no Anexo Único da referida portaria. Confira-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 1º - 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.

(...)

Anexo Único

1.1.1	01.002.002	Subfaturamento
1.8.6	01.019.006	Documento Extrafiscal

Ademais, fundamentam tal inclusão o art. 135, inciso III, do CTN e o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Destaca-se que, no caso dos autos, não foi apenas o inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária ao referido Coobrigado, mas também a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando cometeu as irregularidades de dar saída de mercadorias com subfaturamento e desacobertada de documentação fiscal, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido.

Induvidoso, portanto, que ele tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos, caracteriza a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Em relação às multas aplicadas, a Fiscalização agiu corretamente ao exigir a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) referente ao descumprimento de obrigação principal.

Correta, também, a exigência da Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada, capitulada no art. 55, inciso VII, alínea "a", da Lei nº 6.763/75, nas situações em que a Autuada consignou, em documento fiscal que acobertou a operação, importância diversa do efetivo valor da operação.

E, ainda, a exigência da Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, capitulada no art. 55, inciso II, da citada lei, por dar saída a mercadoria desacobertada de documento fiscal.

Acrescenta-se que não há que se falar em violação ao princípio do não confisco, ou da capacidade contributiva, em se tratando de multas que estão previstas na legislação estadual, efetivada nos exatos termos da Lei nº 6.763/75, à qual se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da mencionada lei (e art. 110, inciso I do 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 § 2º do art. 146;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, assevera-se que os arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96 determinam tal imposição, sendo disciplinada no âmbito do estado de Minas Gerais pela Resolução nº 2.880/97, inclusive, conforme art. 2º, quanto ao seu termo inicial (primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento):

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

(...)

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Os critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais estão disciplinados na Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, especificamente no art. 5º, § 3º, com a seguinte redação:

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

No que concerne à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, o procedimento fiscal encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias com subfaturamento e desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos da Lei Complementar nº 123/06 e da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11, legislação destacada pela própria Defesa:

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados 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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

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

(...)

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, 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.

Não existe na legislação mineira disposição específica sobre a exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata das notificações em seu art. 10:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

Nessa linha, é importante afirmar que somente após a decisão administrativa definitiva desfavorável à Contribuinte, oportunidade em que a Fiscalização 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.

Destaca-se, por oportuno, que a exclusão empreendida, concedeu regularmente o direito ao contraditório e à ampla defesa no prazo legal de 30 (trinta) dias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento e a exclusão do Simples Nacional, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Tavares Pereira (Revisor) e Maria de Lourdes Medeiros.

Sala das Sessões, 13 de outubro de 2016.

**Marcelo Nogueira de Moraes
Presidente**

**Cindy Andrade Moraes
Relatora**