

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.863/18/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000765019-47
Impugnação: 40.010144398-67
Impugnante: Fox Club Skate Roupas Ltda - ME
IE: 702753787.00-21
Coobrigados: Eriko Basílio
CPF: 030.427.166-78
Luiz Humberto de Gouveia
CPF: 672.081.426-53
Maykon Douglas Lacerda Basílio
CPF: 084.757.016-98
Maykon Douglas Lacerda Basílio ME
CNPJ: 14.601730/0001-52
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada com as notas fiscais emitidas no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, deve se adequar a Multa Isolada ao limite máximo previsto no § 2º, inciso I do referido art. 55 da Lei nº 6.763/75, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – MANUTENÇÃO/USO IRREGULAR DE EQUIPAMENTO. Constatada a utilização indevida de equipamentos POS (*point of sale*), vinculados a estabelecimento diverso da Autuada. Infração caracterizada. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XI, alínea “b” da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016, apuradas mediante o confronto entre os valores dos documentos extrafiscais apreendidos e notas fiscais de serviço emitidas por Maykon Douglas Lacerda Basílio e os valores declarados em DAPI e PGDAS pela Autuada.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II do mesmo diploma legal.

Foi constatado ainda, o uso irregular de equipamento POS (point of sale), vinculados a estabelecimento diverso da Autuada. Exigência de Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XI, alínea “b” da Lei nº 6.763/75.

Trata ainda, o lançamento, acerca da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º, da citada lei c/c o disposto no art. 75, § 1º e 2º da Resolução CGSN nº 94/11.

Registra-se que foram incluídos como Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária:

- o sócio-administrador da Autuada, Luiz Humberto de Gouveia;
- a “empresa de cobrança” Maykon Douglas Lacerda Basílio – ME e seu sócio-administrador Maykon Douglas Lacerda Basílio;
- o Sr Eriko Basílio, nos mesmos termos do Sr Maykon Douglas Lacerda Basílio, vez que, conforme declarado ao Ministério Público de MG (MP/MG), embora não figurasse como sócio, participava da administração da empresa Maykon Douglas, inclusive dividindo os lucros, sendo 70% (setenta por cento) para Eriko Basílio e 30% (trinta por cento) para Maykon Douglas Lacerda Basílio.

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos: Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 02), Relatório Fiscal Contábil (fls. 09/25) e os seguintes anexos: Anexo 1 – Demonstrativo Crédito Tributário (fls. 27/28), Anexo 2 Demonstrativo de apuração das vendas desacobertas (fls.30/34), Anexo 3 – Declaração e Relação de Notas Fiscais de Serviços emitidas pela empresa Maykon Douglas Lacerda Basílio (fls. 36/37) e cópias das respectivas Notas Fiscais de Serviços – NFS-e (fls. 38/72), Anexo 4 - cópias dos Demonstrativos Fiscais DAPI e PGDAS (fls. 74/99), Termo de Autodenúncia (fl. 100), Anexo 5 – Declaração de Maykon Douglas, cópias de cheques, extratos bancários, comprovantes de transferências bancárias (fls. 102/235), Anexo 6 (Termos de Declarações, Depoimentos, Mandado de

Busca e Apreensão, Autos de Apreensão e Depósito (fls. 255/283), e mídia eletrônica (CDR de 284) contendo arquivos com os registros 65 e 66, consolidado por administradora, relativo as operações de cartão de crédito/débito da empresa Fox Club Skate Roupas Ltda – ME e Termo de Exclusão do Simples (fls. 285).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente por seu representante legal, Impugnação às fls. 293/302.

Requer a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 313/322, refuta as alegações da Defesa.

Requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 330/341, opina, no mérito, pela procedência do lançamento e pela aprovação da exclusão da Autuada do Simples Nacional.

DECISÃO

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

Conforme relatado, a autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016, apuradas mediante o confronto entre os valores dos documentos extrafiscais apreendidos e notas fiscais de serviço emitidas por Maykon Douglas Lacerda Basílio e os valores declarados em DAPI e PGDAS pela Autuada.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II do mesmo diploma legal.

Foi constatado ainda o uso irregular de equipamento POS (point of sale), vinculados a estabelecimento diverso da Autuada. Exigência de Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XI, alínea “b”, da Lei nº 6.763/75.

Trata, ainda, o lançamento acerca da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º, da citada lei c/c o disposto no art. 75, §§ 1º e 2º, da Resolução CGSN nº 94/11.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 285 e o comprovante de intimação às fls. 286/287 e 290/291.

Cumprir destacar que a apuração da irregularidade decorre do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão, expedido pelo Exmo. Juiz de direito da 2ª Vara 22.863/18/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Criminal da Comarca de Uberlândia, tendo como investigado o Sr. Maykon Douglas Basílio Lacerda e outros (fl. 269).

Foram apreendidos no endereço da Coobrigada Maykon Douglas Lacerda Basílio - ME, empresa de máquinas de cartão de crédito, registrada como prestadora de serviço de cobrança (contribuinte do ISS), diversos documentos extrafiscais, equipamentos de POS e imagens de HD (hard disk), por meio dos Autos de Apreensão e Depósito (AAD) n°s 012126, 012129 e 012121 (fls. 278/283).

Mediante a análise dos documentos fiscais e extrafiscais apreendidos, por meio dos Autos de Apreensão e Depósito, foi constatada a prática de sonegação fiscal implementada por vários contribuintes do ICMS da região, que vendem suas mercadorias desacobertas de documentação fiscal e utilizam POS em nome de terceiros (pseudo empresas de cobrança) para receberem suas vendas realizadas através de cartão de crédito/débito.

Com o intuito de dar um “ar de legalidade” à prática adotada, a empresa de cobrança (contribuinte do ISS) celebrava contrato de prestação de serviço de cobrança com o contribuinte do ICMS e emitia notas fiscais de serviços tendo como valor total do documento o valor recebido da operadora de cartão de crédito, que seria repassado ao contratante, ou seja, a quem realmente praticou as operações comerciais sujeitas ao ICMS.

Desse modo, as vendas praticadas pela Autuada, através de cartão débito/crédito em POS ficavam vinculadas ao CNPJ da “empresa de cobrança”, contribuinte do ISS. Isso permitiu que ocultassem do Fisco as operações de saídas de mercadorias que ocorriam sem a emissão das respectivas notas fiscais.

A empresa contratada - Maykon Douglas Lacerda Basílio – ME, emitia mensalmente para a contratante Fox Club Skate roupas Ltda, notas fiscais de serviço que representavam os valores registrados nos respectivos POS, os quais eram repassados mensalmente à contratante, conforme notas fiscais de prestação de serviços de cobrança, relacionadas no Anexo 3 e respectivas cópias (fls. 36 e 38/72).

A utilização de tais equipamentos (POS) está disciplinada no Anexo VI do RICMS/02, especialmente no disposto do art. 12, que estabelece:

Anexo VI do RICMS/02

Art. 12. A emissão e impressão do comprovante de pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito automático em conta corrente por estabelecimento usuário de ECF serão feitas:

I - com a utilização de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal relativo à operação ou prestação, vedada a utilização de qualquer outro equipamento:

a) que possibilite a não-emissão do comprovante, inclusive do tipo Point Of Sale (POS);

b) para transmissão eletrônica de dados, capaz de capturar assinaturas digitalizadas que possibilite o armazenamento e a transmissão de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cupons de venda ou comprovantes de pagamento, em formato digital, por meio de redes de comunicação de dados, sem a correspondente emissão dos comprovantes de pagamento pelo ECF;

II - com a utilização de equipamento eletrônico não integrado ao ECF, inclusive os referidos nas alíneas do inciso anterior, desde que:

a) as informações relativas às operações e prestações realizadas pelo estabelecimento cujos pagamentos foram realizados por meio de cartão de crédito ou de débito sejam mantidas, geradas e transmitidas conforme estabelecido no parágrafo único do art. 132 deste Regulamento; e

b) o número de inscrição no CNPJ do estabelecimento seja impresso no comprovante de pagamento;

(...)

Como se percebe, a conduta da Autuada, em manter equipamentos POS vinculados a terceiros em uso no seu estabelecimento, não encontra amparo na legislação tributária de Minas Gerais.

Com base nos documentos apreendidos e em informações prestadas pela empresa de cobrança e dados informados pelas administradoras de cartão de crédito, débito e similares, extraídas dos registros 65 e 66, fornecidas ao Fisco, de acordo com a Parte 5 do Anexo VII do RICMS/02, o Fisco apurou os valores de vendas totais realizadas.

A Fiscalização, mediante o demonstrativo denominado “conclusão fiscal”, de fls. 30/34, apurou o valor da base de cálculo do ICMS a ser exigido considerando as seguintes informações:

- (+) vendas realizadas com cartão de debito e crédito, utilizando POS próprio, vinculado ao seu CNPJ (registros 65 e 66)
- (+) vendas realizadas com cartão de débito e crédito, utilizando POS vinculado a CNPJ de terceiros (retirados das notas fiscais de serviços),
- (-) valores declarados em DAPI e PGDAS
- (-) Termo de Autodenúncia nº 05.000.270.827.42.

Trata a denúncia espontânea de saídas desacobertas de documento fiscal, relativas as operações com cartão de crédito, ocorridas no período de março de 2013 a dezembro de 2015.

A Impugnante Fox Club Skate Roupas Ltda ME alega que, tendo em vista a apreensão de vários equipamentos de POS, há a necessidade de o Fisco comprovar quais contribuintes utilizavam-se de quais equipamentos para efetuar as transações.

Argui que não há qualquer prova de que a mesma máquina foi utilizada somente em um estabelecimento, uma vez que havendo diversos equipamentos do mesmo tipo, pode ter sido repassado a mais de uma empresa em períodos diferentes, ocorrendo distorções no valor correspondente às vendas desacobertas.

Entende a Impugnante que, para a apuração dos valores a comporem a base de cálculo da autuação, a Fiscalização deveria realizar a análise e comprovação dos valores de movimentações ocorridas nos equipamentos de POS no momento em que estes estavam em poder da Autuada.

Entretanto, tais argumentos não tem o condão de afastar a acusação fiscal

Note-se que a Impugnante não refuta a acusação de saída desacobertada, mas tão somente a correção dos valores apurados.

Cabe destacar que a apuração fiscal não foi realizada com base nas operações registradas no POS, mas sim nos valores repassados à Autuada pela “empresa de cobrança”, mediante a emissão de notas fiscais de prestação de serviços, as quais tratam-se na verdade, dos valores recebidos das operadoras de cartão de crédito/débito relativas às vendas realizadas pela Contratante, no caso, a Autuada.

Argui a Autuada que o Fisco não observou o previsto no art. 194, inciso I do RICMS/02, visto que não considerou parte dos documentos fornecidos pela Autuada, os quais comprovam a movimentação financeira ocorrida entre a Autuada e a empresa MAYKON DOUGLAS LACERDA BASILIO – ME, e demonstram que o valor real da movimentação ocorrida entre as empresas não corresponde aos valores de notas fiscais emitidas pela MAYKON em desfavor da Autuada.

Entretanto, o procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação apreendida e que se encontra acostada aos autos, para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194 do RICMS/02, nos seguintes termos:

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 - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis.

Esclarece o Fisco que os citados documentos apresentados pela Autuada comprovam apenas que houve movimentação financeira entre a Impugnante e a empresa Maykon, bem como não corresponde aos valores das notas fiscais emitidas por esta última em desfavor da Autuada. Ou seja, demonstra que realmente houve a negociação entre as duas empresas, mas não quer dizer que correspondem à totalidade das vendas sem emissão de notas e com uso do POS em nome da MAYKON.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Informa ainda que analisou a documentação fiscal/comercial do Contribuinte e também documentos subsidiários, e com base nesta análise verificou que os documentos fiscais emitidos pela Autuada espelhavam apenas partes das operações da mesma, constatando, portanto, que as declarações fiscais e documentos apresentados pelo Contribuinte não mereciam fé.

Tal assertiva se baseia no confronto das informações e declarações fiscais apresentadas pela Autuada e a documentação apreendida, corroborada pela declaração do empresário Maykon Douglas Lacerda Basílio (fl. 102) que segundo o mesmo repassava valores em dinheiro (espécie), pagava boletos da Impugnante e até de outros empreendimentos do empresário (loja Xicle, M&M Vestuários e Acessórios, do próprio Luiz Humberto Gouveia e etc.), valores que superam em muito o apresentado em sua documentação fiscal.

Destaque-se que a empresa Coobrigada apresenta cópias de cheques, extratos bancários e comprovantes de transferência que comprovam o repasse dos valores para a Autuada.

Da análise das notas fiscais de serviços acostadas aos autos (Anexo 3) e da declaração da Empresa de cobrança Maykon Douglas Lacerda Basílio – ME, verifica-se que os valores considerados na presente apuração são aqueles repassados pela empresa de cobrança para a Autuada.

Tampouco merece prosperar a alegação da Impugnante de que o trabalho fiscal fere o princípio da isonomia, visto que em outra autuação, o Fisco se utilizou das informações fornecidas pela Administradora de cartão de crédito débito e deduziu o valor declarado pelo contribuinte para chegar ao valor da base de cálculo, mas que o não fez neste caso.

Os trabalhos fiscais se diferem na forma de apuração em razão das diferentes provas obtidas em cada caso. No caso dos autos, as comprovações trazidas pelo Fisco são suficientes para sustentar a acusação de saídas desacobertas e para apurar o montante da base de cálculo.

A Impugnante sustenta que as notas fiscais emitidas pela empresa Maykon Douglas Lacerda Basílio – ME em desfavor da Autuada não refletem o real valor de movimentação de vendas desacobertas de documentação fiscal. Alega que não tinha conhecimento da emissão de tais notas fiscais, tendo em vista que não há necessidade de aceite quando da emissão de nota fiscal de prestação de serviços.

Afirma que a empresa de cobrança utilizou-se dos dados cadastrais da empresa autuada para emitir notas fiscais de forma descabida para justificar a movimentação financeira com outros clientes, o que se comprovaria pelos documentos anexados aos autos: extratos de movimentações financeiras, cópias de cheques emitidos e comprovante de transferências bancárias destinadas a Fox Club Skate Roupas Ltda - ME.

Apresenta tabelas às fls. 296/298 que relacionam a real movimentação financeira bancária ocorrida entre ambos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto tais valores não podem ser acatados como o real valor das vendas realizadas sem documentação fiscal, conforme se verá.

A “parceira” da Autuada no esquema de sonegação declara que “os pagamentos eram feitos em transferência e também em dinheiro, sendo que os pagamentos em cheques eram feitos sem ser nominais, muitas vezes buscados e descontados por funcionários (...) e ainda “também fazíamos pagamentos das boletas dos clientes (sic)”.

Comprovam tais afirmações as cópias de conversas via “WhatsApp”, entre o empresário, dono da FOX, Luiz Humberto de Gouveia (BETO) e o Sr. Eriko Basílio, sócio de fato da MAYKON, que demonstram que as operações de transferência financeira de uma empresa para outra ocorriam de diversas formas.

Os valores apresentados pela Impugnante nas citadas tabelas somente relacionam as transferências bancárias identificadas e os cheques os quais a empresa de cobrança apresentou cópias. Como se vê, no claro propósito de ocultar informações.

A base de cálculo do ICMS sobre a saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal por estabelecimento contribuinte do ICMS é a que determina o art. 13, inciso IV da Lei nº 6.763/75 e o art. 43, inciso IV do RICMS/02:

Lei nº 6.763/75

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, prevista no inciso VI do artigo 6º, o valor da operação;

(Grifou-se).

(...)

RICMS/02

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a) ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

(...)

Portanto, o valor da base de cálculo do ICMS é o valor da operação, qual seja, *in casu*, os valores declarados pela “empresa prestadora de serviços” nas referidas notas fiscais de serviços.

Quanto ao erro apontado pela Impugnante referente à divergência entre os valores lançados no Anexo 2 – Demonstrativo de Conclusão Fiscal, na coluna “Cartão de crédito/débito POS empresa de cobrança” divergente do valor lançado no Anexo 3

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

– “Relação de Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas” , relativo ao mês de outubro de 2015, constata-se que se trata de erro de digitação no Anexo 3, referente ao valor da cobrança efetuada, sendo correto o valor lançado no Anexo 2, que apura o valor de saídas desacobertadas, não tendo resultado em prejuízo para a Autuada.

Registra-se por oportuno que à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, foi exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento), para a primeira irregularidade e a prevista no art. 54, inciso XI, alínea “b” da mesma lei para a segunda irregularidade. Confira-se:

Lei 6.763/75

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XI - por manter no recinto de atendimento ao público ou utilizar ECF e acessórios em desacordo com a legislação tributária, sem prejuízo da apreensão dos mesmos, e por deixar de atender às disposições da legislação relativas ao uso ou à cessação de uso do equipamento:

(...)

b) se a irregularidade implicar falta de recolhimento do imposto, 3.000 (três mil) UFEMGs por infração constatada em cada equipamento;

(...)

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

(...)

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

Ao contrário do alegado pela Defesa, não há que se falar na redução da multa isolada com base no disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, pois a apuração da infração não se deu exclusivamente em documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial e fiscal da Contribuinte, mas sim com base em documentos extrafiscais regularmente apreendidos.

No entanto, cabe mencionar que o art. 19 da Lei nº 22.796/17 alterou o § 2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

Lei 22.796/17

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

Art. 55 - (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - (...)

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

(Grifou-se).

Como a referida alteração legislativa resulta mais favorável aos Sujeitos Passivos, e não exige qualquer condicionante, necessária se torna a aplicação da alínea “c” do inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional - CTN, o qual dispõe:

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

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

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

(...)

Portanto, deve-se adequar a Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, ao limite máximo previsto em seu § 2º, inciso I, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17.

Registra-se por derradeiro, não ser passível o acionamento do disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional, uma vez que não restou nenhuma dúvida quanto às circunstâncias materiais ou capitulação legal dos fatos narrados, quanto à autoria, imputabilidade, punibilidade, natureza ou graduação das penalidades exigidas.

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 3º e 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06

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

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

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 3º - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

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

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

(...)

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

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

No caso, os Sujeitos Passivos foram intimados do Termo de Exclusão juntamente com o Auto de Infração (fls. 285/287 e 290/291), impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS) COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TÉCNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

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

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESÁRIO - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECISÃO MOTIVADA - OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO - REGULARIDADE

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

(...)

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

(...)

MÉRITO

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

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

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

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

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

(...) (GRIFOU-SE).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Correta, também, a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, inciso XII c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, examine-se:

Código Tributário Nacional

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

(...)

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

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

Cumprе destacar ainda, com relação à inclusão do Coobrigado Sr. Maykon Douglas Lacerda Basílio no polo passivo da obrigação tributária, que às fls. 14 dos autos, o Fisco traz os arts. 966 e 967 da lei nº 10.406/02 e 789 da Lei nº 13.105/15, acrescentando que tal Coobrigado já fora incluído em outras autuações em razão do cometimento do mesmo tipo de infração.

Acrescente-se que a inclusão dos Coobrigados não foi objeto de contestação por parte da Impugnante, bem como os referidos Coobrigados não apresentaram defesa.

Portanto, observada a adequação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 ao teor do art. 19 da Lei nº 22.796/17, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento, bem como a aprovação do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a Multa Isolada do art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, ao limite máximo previsto em seu § 2º, inciso I, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Mariane Ribeiro Bueno. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 22 de fevereiro de 2018.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente**

**Wagner Dias Rabelo
Relator**