

Acórdão: 22.011/19/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000657273-88
Impugnação: 40.010143007-45, 40.010143729-32 (Coob.)
Impugnante: MB Comércio de Calçados Ltda
IE: 001047487.01-11
Elaine Gontijo Borém (Coob.)
CPF: 692.123.096-15
Proc. S. Passivo: Euclides Vicente Carvalhais Barroso
Origem: DFT/Pouso Alegre/ Sul

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 estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas acobertadas com documentos fiscais (ECF e NF série D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Entretanto, deve-se, ainda, excluir o crédito tributário relativo às operações acobertadas por nota fiscal série "D" tempestivamente emitidas, bem como, adequar a referida Multa Isolada ao limite máximo previsto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 e, por fim, ser considerado, quando da liquidação, o pagamento parcial efetuado pela Autuada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO - Constatado que a Autuada deixou de atender a intimação efetuada pelo Fisco. Infração caracterizada nos termos dos arts. 96, inciso IV e 190 do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c os arts. 75 e

76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Entretanto, deve-se considerar seus efeitos a partir de 01/03/12.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de janeiro de 2012 a julho de 2014.

Exige-se 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.

Consta do Lançamento também que a Contribuinte não cumpriu intimação constante do Auto de Início da Ação Fiscal (AIAF), para declaração das vendas realizadas, segundo as diversas modalidades, redundando na cobrança da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

Foi inserida no polo passivo do lançamento, a sócia-administradora da empresa.

Em face da legislação aplicável a contribuintes do regime do Simples Nacional, o Fisco lavrou o Termo de Exclusão de fls. 79/80, noticiando à Autuada o início do processo de exclusão, a partir de 01/01/12.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 83/93, com juntada de documentos de fls. 94/783.

Em face da peça impugnatória, a Fiscalização reformula o lançamento às fls. 786/827, lavrando Termo de Rerratificação de Lançamento.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 830/848, anexando outros documentos às fls. 849/1050.

Novamente, a Fiscalização lavra Termo de Rerratificação de Lançamento, reformulando o lançamento às fls. 1052/1055.

Intimada, a Impugnante traz novos argumentos de defesa, fls. 1059/1071.

A Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal de fls. 1073/1079, juntando planilha de fls. 1080/1082, resultando em aditamento da peça de defesa (fls. 1095/1101) e acréscimo de documentação (fls. 1102/1675).

A Manifestação Fiscal subsequente consta de fls. 1677/1678.

A 2ª Câmara de Julgamento, às fls. 1681, determina a realização de diligência e exara despacho interlocutório, que resulta na resposta da Fiscalização às fls. 1683/1697 e resposta da Autuada às fls. 1700/1713, neste caso em face de ambos despachos.

A Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal final, pedindo a procedência parcial do lançamento nos termos reformulados.

DECISÃO

Da Preliminar

Do Pedido de Perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto formula os quesitos de fls. 1069/1070, buscando comprovar a emissão de notas fiscais série “D” para as vendas realizadas em abril e maio de 2012, as quais foram desconsideradas pela Fiscalização.

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 argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Cabe assinalar que a controvérsia instaurada entre o Fisco e a Impugnante não reside na existência das notas fiscais série “D”. A divergência refere-se à interpretação da legislação aplicável à matéria ou, mais especificamente, à possibilidade dessas notas fiscais acobertarem a saída das mercadorias pagas com cartão de crédito/débito, o que, segundo a Fiscalização, não ocorre, por previsão de uso de ECF.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

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;

(...)

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, bem como sobre falta de atendimento à intimação fiscal.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multas Isoladas capituladas no art. 55, inciso II e art. 54, inciso VII, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização, mediante cruzamento de informações fiscais, constatou indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal e emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000017017.35, anexado às fls. 12, intimando a Contribuinte a apresentar o detalhamento das vendas explicitando, inclusive, a forma de pagamento, se em dinheiro, cheque, cartão de débito e/ou de crédito, referentes ao período 01/01/12 a 31/12/14.

Considerando o não atendimento, exige-se também, nestes autos, a multa isolada respectiva.

Neste caso, a infração é formal, encontra-se caracterizada e não houve qualquer consideração a respeito pela Defesa, implicando a correção da cobrança da Multa Isolada do art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação;

(...)

(Grifou-se).

Quanto à exigência principal, ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte, via PGDAS, a Fiscalização constatou vendas desacobertadas de documentos fiscais, no período autuado.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, 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;

(...)

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;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

(...)

Ressalta-se que as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

(...)

Primeiramente, observa a Autuada ter reconhecido e efetuado pagamento parcial do crédito tributário, relativamente aos meses de janeiro e fevereiro de 2012.

Verificado o efetivo pagamento (DAE fl. 705), registre-se que este deve ser considerado para fins de liquidação.

Quanto à discordância do restante do crédito tributário, a Defesa alega inconsistências no PGDAS, tendo em vista, ter deixado de informar que todas as vendas foram realizadas pela filial, já que a matriz estava com suas atividades suspensas.

Por conseguinte, a Fiscalização passa a fazer o comparativo das vendas com os cupons do equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, consoante a primeira retificação do crédito tributário.

Não obstante, argumenta a Impugnante de que o Fisco considerou desacobertadas diversas operações, tais como: venda utilizando dois cartões para pagamento; venda com pagamento parte em dinheiro e parte em cartão; cupom emitido com valor a maior; etc.

Novamente, em face dos argumentos e provas juntados, a Fiscalização refaz seu comparativo e apresenta nova planilha denominada “vendas cartão sem cupom fiscal correspondente I” e novo demonstrativo do crédito tributário rerratificado (fls. 1054/1055).

No entanto, a Autuada mais uma vez discorda da Fiscalização.

Aduz que o Fisco desconsiderou diversas justificativas que elucidam o *modus operandi* da empresa e as particularidades de recebimentos nas vendas. Assim, defende a existência de pequenos equívocos nas vendas, mas nunca qualquer fraude ou dolo.

Sem razão a defesa. Não se pode considerar cupons fiscais com valores divergentes dos valores de venda informados pelas administradoras.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, há vendas informadas pelas operadoras que não há qualquer pretensão cupom fiscal emitido.

A respeito, vale transcrever a seguinte análise fiscal (fls. 1683):

“Examinando o quadro apresentado às fl. 1099. Os valores divergentes não foram considerados com a justificativa de “vr diferente do cartão”, como exemplo a primeira linha do quadro uma venda de R\$ 39,40 não pode ter um documento fiscal de R\$ 39,90, a venda de R\$ 39,40 necessariamente terá de ter um documento fiscal de R\$ 39,40 e não R\$ 39,90; o mesmo vale para as demais linhas com a mesma justificativa. A justificativa “parte em moeda” é injustificada pois o cupom 7111 às fl. 1024 discrimina que a venda foi realizada somente em cartão. A justificativa do “pagamento c/2 cartões”, o cupom 7849 às fl. 1044 discrimina a venda por só um cartão e também a soma de R\$ 129,91 mais R\$ 179,80 totaliza R\$ 309,71 valor diferente do cupom que é de R\$ 309,70.”

Outrossim, veja-se que foi possibilitado à Impugnante fazer qualquer ressalva ou apontar quaisquer erros no relatório das administradoras, sem nada ter sido questionado. Pelo contrário, em várias situações a Defesa aduz erro da operadora do caixa, sem apresentar quaisquer provas do alegado, impossibilitando a contradição da tese fiscal de saídas sem a emissão de notas fiscais.

Lado outro, para os meses de abril e maio de 2012, a contenda entre Fisco e Contribuinte possui situação fática diversa.

A Impugnante rechaça a imputação fiscal, explicando que, para esses meses, considerando dificuldade operacional, a empresa não fez uso de emissor de cupom fiscal, mas, sim, de nota fiscal série “D”, anexando vias desses documentos.

A respeito, menciona a Fiscalização que o “Sistema Atestado de Intervenção Técnica”, fl. 789 dos autos, confirma que a Contribuinte possui Emissor de Cupom Fiscal (ECF) desde 01/11/11. Acrescenta que não foi apresentado nenhum documento que comprove as situações em que é permitida a emissão de nota fiscal de venda ao consumidor, razão pela qual as notas fiscais, serie D, não podem ser aceitas.

Não obstante, outro é o entendimento.

Certo é que houve irregularidade na medida em que a Autuada emitiu documento fiscal indevido, haja vista sua condição.

No entanto, o uso indevido de um documento não embasa a imputação de saída desacobertada de documento fiscal. Pelo contrário, ratifica a saída com documento fiscal, documento este que não é o apropriado, mas que não se tem dúvida de sua existência e emissão para as vendas efetuadas por cartão de crédito e débito, informadas pelas administradoras.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, deve-se excluir o crédito tributário relativo às operações acobertadas por nota fiscal série “D” tempestivamente emitidas.

Quanto as notas fiscais datadas de 04/05/12 a 14/05/12, destaca a Fiscalização que as impressões desses documentos fiscais se deram em 15/05/12. Analisa, por conseguinte, que é impossível emitir-se um documento fiscal antes de sua confecção.

Em reposta à explanação fiscal, menciona a Impugnante que “*realmente as notas fiscais n.ºs 2251 a 2370, (...), foram emitidas intempestivamente, contudo tal procedimento demonstra a idoneidade da impugnante, que constatando que o ECF não estava pronto (...), manda confeccionar notas fiscais e emite com data retroativa (...)*”

Ocorre, entretanto, que tal assunção, emissão intempestiva de notas fiscais série “D”, comprova a falta de emissão de notas fiscais quando das vendas efetuadas por meio de cartão de crédito e débito, ratificando a correção e justificando a manutenção das exigências fiscais de saída desacobertada.

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

No tocante à alegação da Defesa de que não houve análise dos créditos da Empresa, vale destacar que esse procedimento, quando esteve previsto na legislação tributária, não se aplicava à hipótese dos autos que se refere a saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal, pois se restringia aos lançamentos efetuados pelo Fisco com base na escrita regular do contribuinte.

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

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

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale mencionar, no entanto, que, relativamente aos créditos do imposto não aproveitados na época própria, poderão ser apropriados na forma prevista no § 2º do art. 67 do RICMS/02, observado o prazo previsto no § 5º do mesmo artigo.

No que tange à Multa Isolada pelas saídas desacobertadas, houve aplicação *in casu* do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exigido ao percentual de 40% (quarenta por cento).

Os dispositivos em questão preveem:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

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

b) quando se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada, desde que a saída do estabelecimento remetente esteja acobertada por nota fiscal correspondente à mercadoria;

(...)

Dessa forma, correta a Fiscalização ao entender aplicável *in casu* o percentual de 40% (quarenta por cento).

Entretanto, considerando o disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, que define um limitador máximo para a Multa Isolada, faz-se necessário que esta multa seja limitada a duas vezes o valor do imposto exigido.

Assim, verifica-se que restou caracterizada infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas, em parte, as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Quanto 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 desacobertadas 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 § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11. Veja-se a legislação mencionada:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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;

(...)

§ 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 desacompanhadas 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

Neste 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, o Contribuinte foi intimado da exclusão juntamente com o Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

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

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

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, correta também a exclusão de ofício do Impugnante do Simples Nacional na medida em que restou comprovada a prática reiterada da infração consistente na saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Ressalte-se, entretanto, que a Fiscalização estabeleceu como marco inicial da exclusão o mês de janeiro de 2012.

Todavia, a teor do disposto no § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 e inciso IV do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11, acima transcritos, a exclusão produz efeitos a partir do mês em que incorridas as infringências constatadas pelo Fisco, isto é, a prática reiterada de infração, que restou configurada no caso dos autos, nos termos do inciso I do § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 e inciso I do § 6º do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11, somente em março de 2012.

Logo, março de 2012 é o termo inicial para efeitos de exclusão da Contribuinte do regime do Simples Nacional.

Por fim, correta, também, a eleição da Coobrigada 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, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

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

(...)

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

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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.

(...)

Dessa forma, legítimas em parte as exigências do Auto de Infração.

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 indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1.052/1.055 e, ainda, para excluir o crédito tributário relativo às operações acobertadas por nota fiscal série D, tempestivamente emitidas, bem como para adequar a Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 ao limite máximo previsto no inciso I do § 2º do mesmo artigo, devendo também ser considerado o pagamento parcial efetuado pela empresa. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerar seus efeitos somente a partir de 01/03/12. Pelos Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Euclides Vicente Carvalhais Barroso e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 07 de fevereiro de 2019.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora