

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.684/23/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.002542783-19
Impugnação: 40.010155261-27
Impugnante: Nutrimil Nutrimentos Itaúna Ltda
IE: 338217761.00-91
Coobrigados: José Nogueira de Oliveira
CPF: 389.552.966-49
Pedro Nogueira de Oliveira
CPF: 130.292.746-91
Proc. S. Passivo: Laiz Travizani Júnior
Origem: Núcleo de Atividades Fiscais Estratégicas

EMENTA

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

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Mediante confronto da escrituração fiscal da Autuada e de documentos extrafiscais e arquivos eletrônicos regularmente apreendidos, constatou-se saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I, do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, do mesmo diploma legal.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Autuada promoveu, de forma reiterada, saídas 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 (que corresponde ao art. 84 da vigente Resolução CGSN nº 140/18). Entretanto, seus efeitos deverão ser produzidos somente a partir de fevereiro de 2018, de acordo com o art. 29, §§ 1º e 9º, da Lei Complementar nº 123/06.

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

RELATÓRIO

24.684/23/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Contribuinte, com atividade econômica principal de comércio atacadista de alimentos para animais (CNAE 4623-1/09), promoveu saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, no período de 02/01/18 a 23/10/19, deixando de recolher, portanto, o ICMS devido nas operações.

Irregularidade apurada mediante confronto das operações declaradas pela empresa ao Fisco com documentos extrafiscais (livro físico denominado “Caixa”) e arquivos magnéticos regularmente apreendidos durante a operação “PETSCAN II”, em cumprimento ao mandado judicial de busca e apreensão nº 0245.19.0061359 expedido pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Santa Luzia – MG (Anexo 13 do Auto de Infração – págs. 370), compartilhados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais por meio do Ofício PCMG/SIPJ/CAOET/Inspetoria nº 77/2019 de 30/10/19.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, do mesmo diploma legal.

Os sócios-administradores da Autuada, Sr. Pedro Nogueira de Oliveira e Sr. José Nogueira de Oliveira, foram incluídos, na condição de Coobrigados, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por eles praticados com infração à lei (dar saída de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal), resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, inciso XII c/c § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime simplificado do Simples Nacional, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal na saída de mercadoria, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, considerando a data inicial de 01/01/18 para fins de exclusão.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 557/569, contra a qual o Fisco se manifesta às págs. 585/595.

A Assessoria do CCMG, em Parecer às págs. 596/613, opina, em preliminar, pela rejeição da nulidade arguida e pelo indeferimento da prova pericial requerida, e no mérito, pela procedência do lançamento e pela procedência parcial da impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional.

DECISÃO

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

Das Preliminares

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no procedimento do lançamento.

Entende que, considerando que a Contribuinte é optante do Simples Nacional desde 01/07/07, “qualquer procedimento fiscal que pretendesse o Fisco levar a efeito, teria que subsumir-se inicialmente ao ato executivo de sua exclusão, o que implicaria em observação dos princípios do contraditório e da ampla defesa em relação ao próprio ato”.

Alega que o Fisco “atropelou todo o processo”, quando emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional, datado de 02/12/22, em momento posterior à lavratura do Auto de Infração, datada de 01/12/22.

Sustenta que “é farta a jurisprudência sobre a matéria, tanto administrativa quanto judicial, emanada tanto do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, quanto do Tribunal de Justiça (TJMG) que são unânimes no sentido de “ser necessária a Intimação ao Contribuinte da exclusão do Simples Nacional para apresentar, se quiser, defesa contra o ato e, somente após decisão definitiva desfavorável terá efeito a dita exclusão. Desta forma, só depois de concluído todo o processo de exclusão, inclusive com o registro no Portal do Simples Nacional, pode ser lavrado Auto de Infração exigindo o ICMS pelo sistema normal do imposto”.

No entanto, equivocado é o entendimento da Defesa.

O presente Auto de Infração foi lavrado pelo Fisco para as exigências relativas às reiteradas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal promovidas pela Autuada. Tal comprovação é que dá ensejo à lavratura do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, à luz do disposto nos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar n.º 123/06, c/c inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11 (que corresponde ao art. 84 da vigente Resolução CGSN n.º 140/18).

No caso, a Autuada foi intimada do desenquadramento juntamente com o Auto de Infração, momento em que pode impugnar a sua exclusão na mesma peça em que contesta o lançamento, sempre em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A partir da impugnação, o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si.

Certamente, a Impugnante está confundindo o presente lançamento, que se refere apenas às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal (dando causa à exclusão do Simples Nacional), com o crédito tributário resultante do regime de compensação de débitos e créditos, o qual não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação da Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional, sendo, portanto, consequência da exclusão.

Observa-se, então, que o procedimento fiscal encontra-se correto, quando o Fisco emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional em momento posterior à

lavratura do Auto de Infração, sendo concedido ao Sujeito Passivo a defesa em relação a ambos os atos.

O Auto de Infração bem como o “Termo de Exclusão do Simples Nacional” foram lavrados conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Portanto, ao contrário do alegado pela Impugnante, não se vislumbra nenhum prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Registra-se, por oportuno, que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induvidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação e da exclusão do Simples Nacional.

Quanto às razões apresentadas acerca da inclusão dos Coobrigados no polo passivo da presente obrigação tributária, verifica-se que essa matéria se confunde com o próprio mérito e, assim será analisada.

A Impugnante pleiteia, também, a produção de prova pericial, “*em contraponto às apurações da fiscalização, esclarecendo que se tivessem os ilustres Auditores Fiscais solicitado maiores informações e esclarecimentos ou examinado com mais acuidade os documentos colocados à sua disposição, grande parte das exigências não teriam sido constituídas*”.

Reclama que “*a fiscalização considerou apenas “pedidos”, e as notas fiscais de saídas, sem auditar os documentos de entradas de insumos aplicados na produção; as entradas de bens de ativo fixo e nem as devoluções, que também devem ser tratadas como entradas já que geram créditos*”.

Entende que é necessária a perícia, “*considerando-se todas as operações, mesmo aquelas não auditadas pelo fisco, como as entradas, porque na medida em que considerados todos os créditos, inclusive alguns que por desconhecimentos da impugnante não foram aproveitados, certamente têm influência no resultado final da auditoria fiscal*”.

Assim, a Impugnante formula os seguintes quesitos:

- conferindo-se os documentos que deram origem ao processo administrativo e todos os demais documentos e fatos, pode-se afirmar que eles refletem a verdade dos fatos fiscais ocorridos durante o período dela constante, principalmente

quanto aos créditos pelas entradas de matérias primas, produtos intermediários e bens de ativo imobilizado?

- o valor real do ICMS apurado na planilha geral do Fisco é a expressão real do saldo remanescente a recolher pela impugnante referente ao período fiscalizado, considerando-se todos os documentos apresentados para a perícia?

- examinando-se as notas fiscais constantes do processo administrativo, em confronto os demais documentos, os livros e outros registros da contabilidade e arquivos da embargante, chega-se à conclusão de que é verdadeira a afirmação de que não foram aproveitados os referidos créditos fiscais delas constantes?

Contudo, mais uma vez, sem razão a Defesa.

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 dispondo 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 litúgio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento e se a prova for útil ao processo.

Entretanto, verifica-se que os elementos constantes dos autos revelam-se suficientes para a elucidação do trabalho fiscal.

Observa-se que a Impugnante insiste no argumento de que o presente crédito tributário deve ser apurado mediante a compensação de débitos e créditos, ou seja, fazendo um cotejo de todos os débitos apurados com os créditos oriundos das entradas de produtos no estabelecimento.

Todavia, conforme já esclarecido no tópico relativo à suposta “nulidade”, o presente lançamento refere-se à constatação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais apuradas a partir do confronto do faturamento declarado pela Contribuinte ao Fisco com os documentos extrafiscais regularmente apreendidos, que correspondem ao controle paralelo de vendas efetivamente realizadas pela empresa, em relação ao qual não houve qualquer contestação pela Impugnante.

Vale destacar que, caracterizada a saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

Conforme se verá na análise de mérito, a constatação de práticas reiteradas dessa infração (promover saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais) dá ensejo à exclusão de ofício da empresa do regime simplificado do Simples Nacional.

Somente após a notificação da Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional é que poderá ser apurado o crédito tributário resultante do regime de compensação de débitos e créditos, considerando, inclusive, os créditos de ICMS pela entrada de mercadorias no estabelecimento, como pleiteado pela Defesa.

Desse modo, considerando que os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos, até porque a própria Defesa poderia fornecer as informações indagadas, e considerando, ainda, que as respostas aos questionamentos feitos pela Impugnante não terão qualquer utilidade para análise do presente lançamento, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser totalmente desnecessária.

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

(...)

c) considerado meramente protelatório.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Contribuinte, com atividade econômica principal de comércio atacadista de alimentos para animais (CNAE 4623-1/09), promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de 02/01/18 a 23/10/19, deixando de recolher, portanto, o ICMS devido nas operações.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, do mesmo diploma legal.

Em Relatório Fiscal complementar ao Auto de Infração, o Fisco registra que, em cumprimento ao mandado judicial de busca e apreensão nº 0245.19.0061359 expedido pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Santa Luzia – MG (Anexo 13 do Auto de Infração – págs. 370), foram regularmente apreendidos documentos extrafiscais e arquivos magnéticos pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, Operação intitulada “PETSCAN II”, e compartilhados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais por meio do Ofício PCMG/SIPJ/CAOET/Inspeção nº 77/2019 de 30/10/19.

Conforme o Auto de Deslacrção, lavrado em 05/11/19, que compõe o Anexo 4 do Auto de Infração (págs. 64/67), “foi realizada a deslacrção e seleção dos documentos de interesse do Fisco, os quais foram discriminados no anexo do referido Termo”.

Dentre os documentos apreendidos, o Fisco destaca o livro denominado “Caixa” - cuja cópia integra o Anexo 2 do Auto de Infração (págs. 18/61) – que contém, de forma manuscrita, “o registro diário dos recebimentos relativos às vendas de mercadorias realizadas pelo estabelecimento do contribuinte”.

Ao confrontar os valores lançados no livro “Caixa” apreendido (documento extrafiscal) com o faturamento mensal declarado ao Fisco por meio do PGDAS-D do Simples Nacional (Anexo 3 do Auto de Infração – págs. 62/63), o Fisco constatou que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Referido procedimento fiscal é tecnicamente idôneo, respaldado no art. 194, inciso I, do RICMS/02:

RICMS/02

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários. (grifou-se)

Os valores lançados de forma manuscrita no citado livro “Caixa” foram reproduzidos na planilha que compõe o Anexo 1 do Auto de Infração (págs. 17), denominada “Demonstrativo da Apuração do Crédito Tributário, Cálculo do ICMS e Multas Correspondentes”, na aba “Lançamentos Livro Caixa”. Nas demais abas foram apurados os valores da base de cálculo, do imposto devido e das multas aplicadas.

Foram considerados, para efeito de apuração da base de cálculo, os lançamentos do livro “Caixa” (documento extrafiscal) “com denominações tais como “recebimentos”, “recebimentos por localidade”, “recebimentos por localidade e nome do vendedor”, “Entrada de cheque”, “Caixa”, dentre outros”.

O Fisco observa que, “apesar de não haver anotação de termo de abertura e fechamento com data no livro “caixa”, as respectivas datas constam ao lado de cada lançamento”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A título de exemplo, comenta que “no livro “Caixa” na página 2 (verso), constam lançamentos no dia 02/10/17: “Entrada cheque 000916”, no valor de R\$3.118,09 e no dia 04/10/17: “Entrada cheque 000917”, no valor de R\$3.500,00; bem como na página 14, no dia 21/05/2018: “Entrada cheque 000976, no valor de R\$ 4.570,24”.

Ao analisar os extratos bancários da Contribuinte (Anexo 5 do Auto de Infração – págs. 68/104), o Fisco constatou que os citados cheques, registrados nas respectivas datas no livro “caixa” apreendido, foram compensados na CONTA: 7.016.001-5; COOP.: 4101-7 - SICCOB CENTRO-OESTE da Autuada, “restando comprovado que o livro espelha as movimentações realizadas pelo contribuinte, conforme demonstrado no Anexo 6”, págs. 105/109 dos autos.

O Fisco notou também que “no mesmo livro “caixa”, dentre os lançamentos de “recebimentos” há vários deles citando o nome da respectiva localidade do comprador” e que “as localidades ali mencionadas são as mesmas para as quais o contribuinte realiza vendas regularmente, conforme se verifica em vários DANFE’s juntados no Anexo 07”, págs. 110/119.

Acrescentou que foram também apreendidas várias “pastas de arquivo suspensas” (Anexo 10 do Auto de Infração – págs. 256/357), “nas quais constam diversas folhas com lançamentos manuscritos”, e que “estas pastas são identificadas por etiquetas indicando a respectiva localidade do comprador bem como o nome do vendedor, sendo que tais localidades e nomes também constam nos lançamentos do livro “caixa”, conforme demonstrado no Anexo 11”, págs. 358/365.

Observou, ainda, que, dentre o material apreendido, constam dois “bloquinhos de notas” (Anexo 08 do Auto de Infração – págs. 120/249), “com anotações de vendas indicando, em algumas folhas, o nome de cada localidade e do vendedor, informações estas que também são mencionados no livro “Caixa”, conforme demonstrado no Anexo 09”, págs. 250/255, verificando, inclusive a anotação de “Pago” nas folhas.

Importante frisar o registro do Fisco de que, para apuração da base de cálculo do ICMS, foram subtraídos dos valores registrados no livro “Caixa” apreendido o faturamento mensal declarado no PGDAS-D, e que, “no primeiro mês da apuração (janeiro de 2018) e no último mês (outubro de 2019) foi abatido o valor integral do faturamento declarado no PGDAS, dada a impossibilidade de se fazer uma proporcionalidade exata, já que não há informação do faturamento diário”.

O Fisco destaca, ainda, que, “na impossibilidade de apuração da alíquota utilizada nos recebimentos das vendas registradas pelo contribuinte no controle paralelo, em razão da inexistência de documentos fiscais acobertadores de tais operações, foi aplicada sobre a base de cálculo a alíquota de 18%, conforme art. 12, § 71, c/c artigo 51, inciso III da Lei Estadual 6.763/75”.

Os sócios-administradores da Autuada, Sr. Pedro Nogueira de Oliveira e Sr. José Nogueira de Oliveira, foram incluídos, na condição de Coobrigados, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por eles praticados com infração à lei (dar saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal), resultando no

descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, inciso XII c/c § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime simplificado do Simples Nacional, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal na saída de mercadoria, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, considerando a data inicial de 01/01/18 para fins de exclusão (Anexo 18 do Auto de Infração – págs. 547/548).

Verifica-se, então, pelos elementos constantes dos autos, que a Autuada utilizou-se de documentos extrafiscais para efetuar o controle paralelo das vendas de mercadorias efetivamente realizadas pelo seu estabelecimento, cujos valores são incompatíveis com as declarações enviadas ao Fisco, restando demonstrado que ocorreram saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Ressalta-se que, em relação ao mérito propriamente dito, a Impugnante não traz, em sua peça de defesa, qualquer argumento ou documento que possa contrapor às informações constantes do livro “Caixa” devidamente apreendido (documento extrafiscal). Pelo contrário, pois a Defesa admite que os diversos documentos de controle de caixa e notas de orçamento, utilizados no trabalho fiscal, se referem sim a recebimentos de vendas, conforme se verifica em excertos extraídos de sua impugnação:

No ato da fiscalização, apreendeu o fisco documentos diversos de controle de caixa e notas de orçamento, os quais presumiu tratarem-se de vendas sem notas fiscais.

No entanto, de se esclarecer que tais documentos se referem sim, a controles de recebimentos pelas vendas antes efetuadas, com a efetiva emissão de notas fiscais, revelando duplicidade se confrontados com as notas fiscais emitidas regularmente.

Contudo, não obstante tenha declarado que todas as vendas foram efetuadas com a emissão de documentos fiscais, a Impugnante não apresentou qualquer documento que pudesse provar sua alegação, deixando de comprovar que as operações objeto de autuação foram devidamente acobertadas por documento fiscal.

Vale lembrar que a base de cálculo apurada pelo Fisco, objeto do presente lançamento, refere-se à diferença obtida do cotejo dos valores registrados no livro “Caixa” apreendido e o faturamento mensal declarado no PGDAS-D.

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

RPTA

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Importa registrar que, ainda que a empresa esteja cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional), que assim prescreve:

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

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Pelo exposto, considerando que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido nas operações, corretas as exigências fiscais de ICMS e multas cabíveis, devidamente capituladas pelo Fisco, relativas à Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, do mesmo diploma legal:

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:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Destaca-se, ainda, que, tendo em vista o limitador de multa isolada previsto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, o Fisco limitou a exigência da Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, da mesma lei, a duas vezes o valor do ICMS incidente nas operações.

No tocante ao pedido de aplicação do permissivo legal, para cancelamento ou redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, cumpre registrar que o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante do item 3 do § 5º do mesmo dispositivo legal:

Lei nº 6.763/75

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

1.

2. de inobservância de resposta em decorrência de processo de consulta já definitivamente solucionada ou anotações nos livros e documentos fiscais do sujeito passivo;

3. em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

4. de imposição da penalidade prevista no inciso XXIV do art. 55 desta Lei;

5. de aproveitamento indevido de crédito;

6. de imposição da penalidade prevista na alínea "b" do inciso X do art. 54 desta lei.

(Destacou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação à sujeição passiva, a Impugnante contesta a inclusão dos sócios-administradores no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigados.

Alega que não há nos autos “*a necessária prova de que o não recolhimento tributário ocorreu por exclusiva culpa destes, mediante prova da violação à lei, ao contrato social ou estatuto*”.

Entretanto, sem razão a Defesa.

Cumprido, de início, registrar que, não obstante a Defesa tenha suscitado esse assunto como preliminar, ele se funda em questão de mérito, e assim será tratado.

Destaca-se que, ao contrário do alegado pela Impugnante, no caso dos autos, a responsabilidade solidária dos sócios-administradores da Autuada advém de infração à dispositivo legal.

Salienta-se, também, que não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária aos sócios-administradores, e, sim, a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando promoveram saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, deixando, conseqüentemente, de recolher o imposto devido nessas operações.

Induvidoso que os Coobrigados, na condição de sócios-administradores da Autuada, tinham o poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos caracteriza infração à lei.

Assim, procedente é a inclusão, no polo passivo da obrigação tributária, dos sócios-administradores da empresa autuada, Sr. Pedro Nogueira de Oliveira e Sr. José Nogueira de Oliveira, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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.

Do Termo de Exclusão do Simples Nacional

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 n.º 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 n.º 94/11 (que corresponde ao art. 84 da vigente Resolução CGSN n.º 140/18). Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar n.º 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 n° 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 n° 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;

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN n° 140/18

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

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1°)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

(...)

(Grifou-se)

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, de forma reiterada.

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

No caso, a Autuada foi devidamente intimada do desenquadramento juntamente com o Auto de Infração, sendo a ela concedido prazo para impugnar tanto a sua exclusão quanto 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 23.708/21/1ª:

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. O SÓCIO-ADMINISTRADOR É RESPONSÁVEL PELOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES A OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS RESULTANTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO OU ESTATUTO, NOS TERMOS DO ART. 135, INCISO III DO CTN C/C ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADAS SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO, POR INTERMÉDIO DO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS-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 PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75, ESTA JÁ ADEQUADA AO LIMITE DE QUE TRATA O § 2º, INCISO I DO CITADO DISPOSITIVO LEGAL. INFRAÇÃO PLENAMENTE CARACTERIZADA.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A AUTUADA PROMOVEU, DE MODO REITERADO, SAÍDAS 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, C/C ART. 84, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J", DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 140, DE 22/05/18.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.

IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

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 TJMG:

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - VENDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL - PRÁTICA REITERADA - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - RECURSO DESPROVIDO. 1. A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, QUE INSTITUIU O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, PREVÊ A EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, QUANDO DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL DE VENDA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, DE FORMA REITERADA. 2. CONSTATADAS AS SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A EXCLUSÃO DA EMPRESA AGRAVANTE DO SIMPLES NACIONAL ENCONTRA-SE DEVIDAMENTE MOTIVADA. 3. SEM ELEMENTOS PARA AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, HÁ QUE SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR DE REINCLUSÃO DA IMPETRANTE NO PROGRAMA. 4. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMG - AGRADO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001, RELATOR(A): DES.(A) RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR, 2ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 04/07/2023, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/07/2023)

(GRIFOU-SE)

Reitera-se, pela importância, que, ao contrário do entendimento da Defesa, as exigências fiscais constantes do Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O crédito tributário resultante do regime de compensação de débitos e créditos defendido pela Impugnante, que seria uma consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação da Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Pelo exposto, verifica-se que se encontra correta a exclusão da Autuada do regime simplificado do Simples Nacional, todavia, merece reparo a data inicial para fins de exclusão, considerada pelo Fisco a partir de 01/01/18 (págs. 548 dos autos).

De acordo com a legislação pertinente, especialmente o art. 29, § § 1º e 9º, da Lei Complementar nº 123/06, nota-se que os efeitos do ato de exclusão do Simples Nacional devem retroagir ao mês em que incorrida a hipótese de exclusão, ou seja, ao mês em que ficar **caracterizada a prática reiterada** de saída desacobertada, definida no § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 (a partir do segundo período de apuração):

Lei Complementar nº 123/06

Art. 29

(...)

§ 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

(...)

(Grifou-se)

Assim, no caso concreto, os efeitos do ato de exclusão do Simples Nacional devem retroagir a fevereiro de 2018, período em que ficou caracterizada a prática reiterada de saída desacobertada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante disso, encontra-se correto o procedimento do Fisco de iniciar o processo de exclusão da Autuada do Simples Nacional, tendo em vista a constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI, ambos 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 (revogada pela Resolução CGSN nº 140/18 – art. 84), ressalvada a análise da data de apuração inicial considerada para fins de exclusão, conforme esclarecimentos expostos nos parágrafos antecedentes.

Portanto, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais, restando correta, ainda, a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional, considerando que seus efeitos deverão ser produzidos a partir de fevereiro de 2018.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional para considerar seus efeitos a partir de 01/02/18. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Laiz Travizani Junior e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Silvério Bouzada Dias Campos. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Revisora), Flávia Sales Campos Vale e Dimitri Ricas Pettersen.

Sala das Sessões, 26 de setembro de 2023.

**Cindy Andrade Morais
Presidente / Relatora**

P