

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.835/24/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.003481102-50
Impugnação: 40.010157450-91
Impugnante: Império Comércio Varejista de Ferragens Ltda
IE: 003215059.00-42
Coobrigado: Antônia de Jesus Pereira
CPF: 252.830.491-91
Proc. S. Passivo: ADRIEL GONÇALVES NASCIMENTO
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

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

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apurada por meio de Conclusão Fiscal, mediante o confronto com os dados declarados no PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório) com a Receita de Vendas apurada pelo Fisco através da análise de documentos fiscais e subsidiários da Autuada. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e V do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75. No tocante à proporção das saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, correta a exigência somente da citada multa isolada. Correta também a exigência somente da referida Multa Isolada em relação à parcela proporcional às saídas de mercadorias com isenção/não incidência do imposto, adequada ao limitador previsto no § 2º, inciso II, 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 art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18.

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

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas por meio de Conclusão Fiscal, mediante o confronto dos dados declarados no PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório) com a receita de vendas apurada pelo Fisco através da análise de documentos fiscais e subsidiários da Autuada, no período de dezembro de 2019 a dezembro de 2022.

Exige-se o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a", c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

No tocante às saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, exige-se somente a citada multa isolada.

E, ainda, para as operações, de saídas desacobertadas de documentação fiscal, com isenção/não incidência do imposto, exige-se apenas a citada Multa Isolada, observando o § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, a Fiscalização iniciou o processo de exclusão da empresa do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, nos termos do disposto nos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j", § 3º e 6º, inciso I, da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140/18.

Foi incluída, também, no polo passivo da obrigação tributária, a sócia-administradora da empresa autuada, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação ao presente e-PTA e requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em sede de manifestação fiscal, refuta as alegações da Defesa e requer, portanto, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CCMG

A Assessoria do CCMG, após detida análise dos argumentos e documentos apresentados pelas partes, emite seu parecer onde opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas. No mérito, pela procedência do lançamento.

E opina, também, pela improcedência da Impugnação relativa ao Termo de Exclusão do regime de tributação do Simples Nacional.

DECISÃO

Os fundamentos expostos nos pareceres da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

As Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de alegados vícios no lançamento.

Afirmam que as intimações para apresentação dos documentos foram encaminhadas para endereço eletrônico diverso do cadastrado na Receita Federal, sendo, assim, nulas as intimações para apresentação do Balanço Patrimonial (BP), Demonstrativo do Resultado do Exercício (DRE) e Livro de Registro do Inventário (LRI).

Consideram que, sendo nulas as intimações, não haveria motivo para a realização do levantamento fiscal contábil.

Entretanto, não lhes assiste razão.

De plano, não se confunde o cadastro da empresa na Receita Federal com o existente nesta Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (Receita Estadual).

Não obstante, sobre o assunto, constam as seguintes explicações da Fiscalização em relação ao procedimento fiscal exploratório que culminou na lavratura do presente Auto de Infração:

No Relatório Fiscal no item 8.1.1 às folhas 2, consta a execução da atividade de Cruzamento de Dados na qual poderia ter sido realizada a Denúncia Espontânea, quando a Fiscalização encaminhou Intimação ao impugnante, em 10/01/2024, via DTe, solicitando Balanço Patrimonial (BP), o Demonstrativo do Resultado do Exercício (DRE), e o Livro Registro de Inventário (LRI), para os anos de 2018 a 2022, conforme documento "a - Intimacao 10 janeiro", **cuja ciência Tácita ocorreu em 22/01/2024**, nos termos do art. 12, § 2º, do RPTA, conforme documento "c - Ciência Tacita Intimacao 10 janeiro". O autuado foi informado por e-mail, pelo documento "b - Comunicado Intimacao 10 janeiro", estando todos os documentos em anexo a este Relatório Fiscal.

(...)

No Relatório Fiscal no item 8.1.2 às folhas 2, consta que o sujeito passivo foi cientificado do Encerramento da Atividade Fiscal Exploratória, ocorrido em 23/01/2024, nos termos do inciso III do art. 67 do RPTA/MG, conforme documento "d - Notificacao Encerra" de 02/02/2024, **cuja ciência Tácita se deu em 05/02/2024**, nos termos do art. 12, § 2º do RPTA, conforme documento "e - Ciencia Encerra", todos, em

anexo, porquanto o autuado foi omissos em atender à Intimação.

Foi iniciada a Atividade Fiscal de Auditoria, em 23/01/2024, com o envio, via DTe, do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), conforme anexo "f - AIAF 10.000048792.41", tendo como objetivo a verificação do cumprimento de obrigações principal e acessória, inclusive escrituração contábil, previstas na legislação tributária e societária vigente, **cuja ciência Tácita do autuado se deu em 25/01/2024**, nos termos do art. 12, § 2º do RPTA, conforme documento "h - Ciência AIAF", e o contribuinte sido informado por e-mail em 24/01/2024 pelo documento "g - Comunica envio AIAF", todos em anexo.

Igualmente, constou no AIAF a requisição do BP, do DRE e do LRI.

Em 25/01/2024 o autuado apresentou o BP, e o DRE, para os exercícios de 2020, 2021 e 2022, conforme documento "i - e-mail apresenta documentos".

Porém, continuando a descumprir com suas obrigações acessórias, o autuado permaneceu omissos quanto ao envio do BP, e o DRE dos anos de 2018, e 2019 e omissos quanto ao LRI de 2018, 2019, 2020, 2021 e 2022.

(Grifou-se)

Com relação às formas de intimação do interessado dos atos do PTA, a legislação prevê o seguinte:

Lei nº 6.763/75

Art. 144. As intimações do interessado dos atos do PTA serão realizadas por um dos seguintes meios, nos termos do regulamento:

(...)

III - pelo Domicílio Tributário Eletrônico, previsto no artigo 144-A;

(...)

§ 2º Quando o destinatário se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível ou ausente do território do Estado e não tiver sido intimado em seu domicílio eletrônico, ou quando não for possível a intimação por via postal, inclusive na hipótese de devolução pelo correio, a intimação será realizada mediante publicação no meio oficial de divulgação do ato.

Art. 144-A. Fica instituído o Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e -, para comunicação eletrônica entre a Secretaria de Estado de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fazenda, contribuinte e interessados, na forma e nas condições previstas em regulamento.

(...)

§ 1º Entende-se por DT-e o portal de serviços e comunicações eletrônicas da Secretaria de Estado de Fazenda, disponível na internet, que tem por finalidade:

I - cientificar o contribuinte ou interessado sobre quaisquer atos administrativos, procedimentos e ações fiscais;

II - encaminhar notificações e intimações;

III - expedir avisos em geral.

§ 2º - Para a utilização de comunicação eletrônica por meio do DT-e, o contribuinte obrigado ou interessado deverá estar previamente credenciado junto à Secretaria de Estado de Fazenda, observados a forma, o prazo e as condições previstos em regulamento.

§ 3º Ao credenciado será atribuído registro no sistema eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda e acesso a ele, na forma prevista na legislação tributária, com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade de suas comunicações.

§ 4º Com a efetivação do credenciamento, a comunicação entre o contribuinte ou interessado e a Secretaria de Estado de Fazenda realizar-se-á preferencialmente por meio eletrônico, através do DT-e.

§ 5º O contribuinte ou o interessado, devidamente credenciado nos termos do § 2º, poderá, mediante procuração eletrônica, outorgada na forma estabelecida em regulamento, nomear terceiro para realizar, em seu nome, comunicação com a Secretaria de Estado de Fazenda por meio do DT-e.

§ 6º A comunicação realizada na forma prevista neste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais e efetivada no dia em que o contribuinte ou o interessado acessar eletronicamente o seu teor, observado o seguinte:

I - caso o referido acesso eletrônico ocorra em dia não útil, a comunicação será considerada efetivada no primeiro dia útil subsequente;

II - caso não ocorra o referido acesso eletrônico, presume-se que a comunicação tenha sido efetivada dez dias corridos após o seu envio.

§ 7º O contribuinte ou o interessado devidamente credenciado poderá utilizar-se de serviços eletrônicos adicionais a serem disponibilizados pela Secretaria de Estado de Fazenda no DT-e.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 8º As intimações feitas por meio do DT-e aos que se credenciarem na forma desta Lei dispensam a publicação no órgão oficial, inclusive no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 9º - Caso o contribuinte obrigado não realize o credenciamento no DT-e no prazo regulamentar, a Secretaria de Estado de Fazenda poderá realizar o credenciamento de ofício, observados a forma, o prazo e as condições previstos em regulamento.

(Grifou-se)

Em se tratando de intimação por meio de Domicílio Tributário eletrônico - DT-e, as intimações dos atos do PTA são consideradas efetivadas na data em que o contribuinte ou o interessado acessar eletronicamente o seu teor, conforme disposto no art. 12, inciso VI do RPTA. E conforme o § 2º deste mesmo artigo, se o acesso eletrônico não for feito em até dez dias corridos contados do envio da intimação, esta será considerada realizada na data do término desse prazo. Veja-se:

RPTA/08

Art. 12. As intimações dos atos do PTA serão consideradas efetivadas:

(...) VI - em se tratando de intimação por meio de Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e -, na data em que o contribuinte ou o interessado acessar eletronicamente o seu teor.

(...)

§ 2º - Para fins do disposto no inciso VI do caput, o acesso eletrônico deverá ser feito em até dez dias corridos contados do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação realizada na data do término desse prazo.

(...)

(Grifou-se).

Dessa forma, observa-se que o Fisco cumpriu exatamente os preceitos retro transcritos, com a devida observância do disposto no art. 12, do RPTA, sendo cabível e legalmente permitida a intimação do Contribuinte, por meio de Domicílio Fiscal Eletrônico, como efetuado pela Fiscalização.

Portanto, não há que se falar em nulidade das intimações fiscais.

Ademais, como informa a Fiscalização, a intimação via AIAF foi parcialmente atendida, o que comprova o seu recebimento pela Autuada, em total observância aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas por meio de Conclusão Fiscal, mediante o confronto dos dados declarados no PGDAS-D (Programa Gerador

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório) com a receita de vendas apurada pelo Fisco através da análise de documentos fiscais e subsidiários da Autuada, no período de dezembro de 2019 a dezembro de 2022.

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

No tocante às saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, exige-se somente a citada multa isolada.

E, ainda, para as operações, de saídas desacobertadas de documentação fiscal, com isenção/não incidência do imposto, exige-se apenas a citada Multa Isolada, observando o § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, a Fiscalização iniciou o processo de exclusão da empresa do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, nos termos do disposto nos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § 3º e 6º, inciso I, da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140/18.

Foi incluída, também, no polo passivo da obrigação tributária, a sócia-administradora da empresa autuada, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Ressalta-se, de início, que as Impugnantes “*protestam provar o alegado por meio de Perícia Contábil*”, sem, contudo, formularem os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, assim prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do RPTA estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

RPTA

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

(...)

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

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária em face dos fundamentos e documentos constantes dos autos, conforme prescrito no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, do RPTA.

Desse modo, como não houve indicação precisa de quesitos pelas Impugnantes, sequer cabe a apreciação do pedido de produção de prova pericial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos: Auto de Infração, AIAF, Relatório Fiscal, Intimações Fiscais (Grupo “Intimações/Comunicados/Ofícios” do e-PTA) e os seguintes anexos (Grupo “Provas”):

- Anexo 1: Notas Fiscais Entrada;
- Anexo 2: DEFIS;
- Anexo 3: Balanço Patrimonial;
- Anexo 4: DRE;
- Anexo 5: PGDAS-D;
- Anexo 6: Consulta Sócios;
- Anexo 7: Planilhas de Apuração
- Anexo 8: Termo de Exclusão do Simples Nacional.

O Anexo 1 contém as planilhas com os dados das Notas Fiscais de Entrada emitidas por terceiros, obtidas pelo programa Auditor Eletrônico.

As Planilhas de Apuração do Anexo 7 contém 18 (dezoito) Quadros demonstrativos da apuração do crédito tributário.

Os itens 8.2 - “Apuração dos Valores”, 8.3 – “Uso do Arbitramento pelo Fisco”, 8.4 – “Obtenção da Receita de Vendas Calculada pelo Fisco (RV)”, 8.5 – “Saídas Desacobertadas e Base de Cálculo com ICMS por Dentro” e 8.6 – “Apuração do Crédito Tributário” do Relatório Fiscal detalha como se deu a apuração, fonte de dados e fórmulas utilizadas para cada um dos referidos quadros (págs. 05/16 do Relatório Fiscal).

Antes de adentrar na análise do mérito do lançamento, importante esclarecer como ele foi realizado.

Como fonte de comprovação das operações de saídas realizadas pela Autuada, a Fiscalização utilizou as notas fiscais eletrônicas de entradas emitidas por terceiros, obtidas pelo programa Auditor Eletrônico, o Balanço Patrimonial, a Demonstração do Resultado do Exercício e os dados constantes das PGDAS-D.

Inicialmente, a Fiscalização encaminhou à Contribuinte a “Intimação 10 janeiro” (págs. 72/73), solicitando o Balanço Patrimonial (BP), o Demonstrativo do Resultado do Exercício (DRE) e o Livro Registro de Inventário (LRI), para os exercícios de 2018 a 2022, porém, conforme explica o Fisco, a Autuada não atendeu à intimação, tornando-se omissa quanto ao envio dos documentos solicitados.

A Fiscalização emitiu, então, o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000048792.41, anexo ao presente e-PTA, tendo sido requisitados novamente os mesmos documentos citados na referida Intimação.

Consta dos autos que a Autuada apresentou, então, o BP e a DRE, para os exercícios de 2020, 2021 e 2022, conforme documento "e-mail apresenta documentos" (págs. 71), tornou-se omissa quanto ao envio do BP e a DRE dos anos de 2018 e 2019 e omissa quanto ao LRI de 2018, 2019, 2020, 2021 e 2022.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O BP e a DRE dos exercícios apresentados se encontram nos Anexos 3 e 4 do Auto de Infração, respectivamente.

As DEFIS constam do Anexo 2 do Auto de Infração.

A Fiscalização informa que a transmissão da DEFIS com os corretos valores de Estoques, das Aquisições, das Despesas e das Devolução de Compras, assim como o envio do BP, da DRE e do LRI pela Autuada, para todos os exercícios, cumprindo corretamente com suas obrigações acessórias, permitiria ao Fisco obter o valor dos Estoques Inicial e Final, das Aquisições Líquidas, do CMV e do total das despesas custeadas pela empresa, visando a calcular o valor da Receita de Vendas.

Explica que as omissões de entrega relatadas (envio do BP e a DRE dos anos de 2018 e 2019 e omissa quanto ao LRI de 2018, 2019, 2020, 2021 e 2022), além da transmissão das DEFIS (Anexo 2) constando em diversas rubricas o valor “zero”, prejudicaram sobremaneira a apuração a ser realizada pela Fiscalização.

Nesse sentido, esclarece a Fiscalização que foi realizada análise conjunta das informações constantes dos Anexos 2, 3 e 4 apresentadas pela Autuada, juntamente com os dados das NFE (Anexo 1), observando diversas incongruências, para todos os exercícios fiscalizados, acerca dos valores das compras de mercadorias, dos estoques, do CMV, das despesas, do faturamento e da margem de lucro da Contribuinte.

Explica o Fisco que os Documentos Contábeis constantes dos Anexos 2, 3, 4, e 5 do Auto de Infração deveriam retratar todas as operações de entrada, valores de saída e estoques da Contribuinte. Entretanto, referidos anexos não retrataram as citadas operações.

Referidas discrepâncias se encontram demonstradas nos itens 8.2.1.1 a 8.2.1.6 e respectivos Quadros 1 a 10, constantes do Relatório Fiscal e da planilha do Anexo 7 do Auto de Infração.

O Fisco registrou diversas inconsistências detectadas nos registros/informações da Contribuinte que motivaram o procedimento fiscal previsto no art. 194, incisos I e V, do RICMS/02. Destaca-se, a título e exemplos, os seguintes registros em sede de Manifestação Fiscal:

Referida análise conjunta corrobora não merecerem fê algumas das informações apresentadas pelo sujeito passivo, acerca dos valores das Compras de Mercadorias (Quadro 1), Estoques (Quadros 3, 4, e 5), CMV (Quadros 6, e 7), Despesas (Quadros 8, e 9), Margem de Lucro (item 8.2.1.6 às folhas 10 e 11 do Relatório Fiscal e Quadro 11), e Faturamento (Quadros 10, 12, e 13), adiante demonstrados, estando todos estes Quadros no Anexo 7 do Relatório Fiscal, tendo sido observadas, nos anos de 2019, 2020, 2021, e 2022, as seguintes incongruências presentes nos itens 8.2 a 8.5 às folhas 5 a 13 do Relatório Fiscal:

a) o Valor das Compras das NFE de Entrada diverge das Aquisições da DEFIS, conforme Quadro 1;

- b) Impossibilidade de o Fisco obter o valor correto dos Estoques, pois os de 2019 e o Estoque Inicial de 2020 da DEFIS e do BP tiveram valor “zero”, e o autuado foi omissivo em apresentar o LRI, de acordo com os Quadros 3, 4, e 5;
- c) Valor do CMV calculado pelo Fisco diverge do apresentado pelo autuado no DRE, conforme os Quadros 6 e 7;
- d) Impossibilidade de o Fisco obter o valor CMV do exercício de 2019 que deveria ser informado pelo autuado, porém este foi omissivo em apresentar o DRE de 2019, conforme o contido no Quadro 7;
- e) Impossibilidade de o Fisco obter o valor das Despesas custeadas de 2019, 2020, e 2022, pois a DEFIS do autuado teve valor “zero” para as Despesas destes exercícios, conforme consta no Quadro 8;
- f) Impossibilidade de o Fisco obter o valor de algumas das Despesas custeadas no DRE do Quadro 9, pois o autuado foi omissivo quanto ao DRE de 2019;
- g) Faturamento informado no PGDAS-D diferente do valor da RV, para todos os exercícios, conforme demonstrado nos Quadros 10, 12 e 13 adiante;
- h) Impossibilidade de o Fisco usar a Margem do Contribuinte, conforme item 8.2.1.6.1 às folhas 10 do Relatório Fiscal e demonstrado após o Quadro 10 adiante.

Observa-se de maneira cristalina, pelas alíneas a) a h) acima, a cabal inconsistência das informações apresentadas pelo sujeito passivo.

Diante da falta de documentos que deveriam ser apresentados pelo sujeito passivo não restou ao Fisco outra conduta senão a de se utilizar do instituto do arbitramento no levantamento contábil Fiscal, em conformidade ao previsto na legislação, para, na busca verdade real, encontrar valor mais próximo ao total de vendas efetuado pelo autuado.

Portanto, não assiste razão à Defesa ao afirmar “*inexistência de motivo para realizar o levantamento contábil*”. Não restou outra alternativa à Fiscalização, diante de tantas divergências verificadas, como, em síntese, acima relatado e, ainda, a omissão da Contribuinte em entregar, mesmo após intimada, o livro Registro de Inventário, o BP e a DRE de todo o período autuado, descumprindo a legislação de regência.

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

Em sua peça de defesa, as Impugnantes alegam que não há previsão legal permitindo ao Fisco utilizar-se de levantamento fiscal contábil, uma vez que o art. 159 e seus incisos, do RICMS/23 não prevê a hipótese de levantamento fiscal contábil.

Afirma que as provas que subsidiaram a Autuação consistem em: i. Planilha de Excel elaborado pela Fiscalização; ii. Declaração de Informações socioeconômicas da Autuada; iii. Balanço patrimonial; iv. PGDAS; iv. Planilha de Excel denominada quadro de relatório fiscal; v. Termo de Exclusão do simples nacional e que tais documentos não são hábeis para demonstração de saídas de mercadorias descobertas de documentos fiscais.

Contudo, razão não lhe assiste.

De início, registre-se que o art. 159 e seus incisos, do RICMS/23, citado pela Defesa, equivale ao art. 194, do RICMS/02.

Conforme afirma a Fiscalização, *“as infrações narradas no Auto de Infração motivam suficientemente a utilização do arbitramento da base de cálculo do imposto devido pelas saídas descobertas, nos termos previstos nos incisos I, III, IV, VI, e § único inciso I do art. 51, da Lei Estadual nº 6.763/75, regulamentados no RICMS/02 pelo art. 53, incisos I, III, IV, e VI, pelo art. 54, inciso IV, e seus §§ 3º, e 4º, e pelo § 4º e inciso I do § 5º do art. 194”*.

Veja-se os dispositivos mencionados pelo Fisco:

Lei nº 6.763/75

Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

I - o contribuinte não exibir à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

(...)

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documentário fiscal relativo a operações ou prestações que promove ou que é responsável pelo pagamento do imposto;

(...)

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé a declaração, o esclarecimento prestado ou o documento expedido pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Parágrafo único - Presume-se:

I - Entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

(...)

RICMS/MG

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

I - não forem exibidos à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

(...)

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja o responsável pelo recolhimento do imposto;

(...)

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

IV - o preço de custo da mercadoria ou do serviço acrescido das despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento, nos termos do § 3º deste artigo, quando se tratar de arbitramento do montante da operação ou prestação em determinado período, no qual seja conhecida a quantidade de mercadoria transacionada ou do serviço prestado;

(...)

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso IV do caput deste artigo, são consideradas despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento:

I - salários e retiradas;

II - aluguel, água, luz e telefone;

III - impostos, taxas e contribuições;

IV - outras despesas gerais.

§ 4º Na impossibilidade de aplicação dos valores previstos no caput deste artigo será adotado o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor que mais se aproximar dos referidos parâmetros.

(...)

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

(...)

§ 4º Constatada, por indícios na escrituração do contribuinte ou por qualquer outro elemento de prova, a saída de mercadoria ou a prestação de serviço sem emissão de documento fiscal, o valor da operação ou da prestação será arbitrado pela autoridade fiscal para fins de exigência do imposto e multas, se devidos, tomando como critério, conforme o caso, o preço unitário das saídas, das entradas ou das prestações mais recentes verificadas no período, sem prejuízo do disposto nos artigos 53 e 54 deste Regulamento.

(...)

§ 5º Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

Afirma a Fiscalização que “os dispositivos em comento foram aplicados nesta ação fiscal, porquanto se fez necessário arbitrar o valor da operação de saída da mercadoria visando à obtenção do valor não declarado pelo Contribuinte, para fins de cobrança do ICMS e respectivas penalidades, já que, no presente Auto de Infração, o Fisco somente detinha o valor das entradas no autuado obtido pela aba “Anexo 1” da planilha do Anexo NFE (valores consignados nos documentos informados pelo remetente ou transportador)”.

Por seu turno, em razão de as declarações e documentos contábeis da Autuada carecerem de confiabilidade, conforme as diversas incongruências mencionadas e descritas no Relatório Fiscal, o Fisco explica que arbitrou o valor das operações com base no CMV, valor que foi ajustado pela “Margem Aparada”, acrescido das Despesas Custeadas pela Autuada, estando, portanto, embasado na legislação, nos termos do art. 54, inciso IV, §§ 3º e 4º c/c art. 194, § 4º e inciso I do § 5º, todos do RICMS/02, supratranscritos.

Ademais, as Impugnantes não trouxeram aos autos qualquer elemento ou documento fiscal capaz de desconstituir a apuração fiscal.

Lado outro, como já demonstrado, o trabalho fiscal foi baseado em informações constantes de declarações da própria Autuada, que estão compiladas no Quadro 12 do Relatório Fiscal e no Anexo 7 do Auto de Infração.

Explica o Fisco que subsidiaram a apuração do valor das vendas efetuadas pela Contribuinte as seguintes informações:

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

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

- Despesas Custeadas pela Contribuinte – em relação a essas despesas, o Fisco informa que, *“nota-se a completa incongruência entre os valores de Despesas apresentados pelo autuado na DEFIS (Anexo 2) e no DRE (Anexo 4), evidenciando não merecerem fé as informações desse. Tendo em vista que o DRE contém os valores das Despesas custeadas pelo autuado mais detalhados e próximos ao real, foi utilizado pelo Fisco o valor das Despesas contido no DRE”*, conforme detalhamento dos Quadros 8 e 9 do Relatório Fiscal;

- Margem “Aparada” obtida de acordo com o setor de atividade da Contribuinte (considerando CNAE, faturamento, região, lucro líquido e CMV dos contribuintes do mesmo setor), conforme demonstrado no Relatório Fiscal (tópico 8.2.1.6.2), apurando os valores apresentados no “Quadro 11” de págs. 11 do Relatório Fiscal;

- Faturamento declarado pela Contribuinte no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D, Anexo 5) e Receita de vendas extraídas da DRE (Anexo 4).

Registre-se que desnecessário a juntada das DANFES, a fim de demonstrar com clareza as compras realizadas pela Autuada, como solicitado pela Defesa, uma vez que todas as notas fiscais emitidas por terceiros à Autuada (aquisição de mercadorias), foram obtidas por meio do programa Auditor Eletrônico e encontram-se relacionadas no Anexo 1 do Auto de Infração.

Os cálculos para tal apuração estão descritos detalhadamente no subitem 8.2 do Relatório Fiscal (“Apuração dos valores”).

A partir dessas informações, a Fiscalização apurou o Custo das Mercadorias Vendidas, ao qual foram acrescentadas as despesas custeadas pela empresa, informadas pela própria Contribuinte (constantes da DRE - Anexo 4 do Auto de Infração), para obtenção da base de cálculo a tributar, nos estritos termos do art. 54, inciso IV, § 3º do RICMS/02 (supratranscrito), por meio da seguinte equação:

$$\text{CMV} = \text{EI (estoque inicial)} + \text{Compras} - \text{EI (estoque final)}.$$

Os estoques inicial e final constam do Quadro 4 do Relatório Fiscal e as compras líquidas (Compras – Devoluções), do Quadro 2.

A obtenção da Receita de Vendas Calculada pelo Fisco (RV), conforme explica a Fiscalização detalhadamente no item 8.4 do Relatório Fiscal, se deu por meio do CMV (calculado conforme acima demonstrado) agregado da Margem de Lucro Líquida (ML), cujo resultado é somado ao valor das Despesas custeadas pelo contribuinte (D), por meio da seguinte equação:

$$RV = (CMV * (1+ML)) + D$$

A Fiscalização deixou registrado nos autos que, de todas as variáveis citadas nas equações acima, o Fisco dispunha somente de uma delas, qual seja, a parcela das Compras de mercadorias para venda, que é o valor das aquisições que foi obtida por meio do programa Auditor Eletrônico e constam do Anexo 1 do Auto de Infração.

Explica a Fiscalização que em razão das divergências analiticamente demonstradas nos itens 8.2.1.1, 8.2.1.2, 8.2.1.3, 8.2.1.4 e 8.1.1.5 do Relatório Fiscal e pelo fato de a Autuada ter sido omissa quanto a entrega do LRI para todos os exercícios e a omissão quanto ao envio do BP dos anos de 2018 e 2019, não foi possível utilizar a Margem do Contribuinte, uma vez que o cálculo se daria por meio da fórmula $MC = \text{Faturamento} / \text{CMV}$, restando ao Fisco, para a busca da verdade real, utilizar a Margem Aparada, conforme detalhadamente demonstrada no item 8.2.1.6.2 do Relatório Fiscal.

A Fiscalização explica, detalhadamente, no subitem 8.2.1.6, as informações técnicas, fórmulas e critérios estatísticos que embasaram a obtenção da Margem de Lucro do setor de atividade da Contribuinte, apresentada no Anexo 7 do Auto de Infração e utilizada para o cálculo das saídas desacobertas de documentação fiscal.

Tal levantamento estatístico (detalhado no subitem 8.2.1.6.2 do Relatório Fiscal) foi realizado com base nas informações relativas ao período, CNAE, faixa de faturamento, CMV e região dos contribuintes de mesmo setor (região conforme abrangência de atuação da respectiva Unidade Fiscal de Circunscrição).

Obeve-se a Margem de Lucro do setor, para cada período autuado, conforme demonstrado no Quadro 11 do Relatório Fiscal e constante do Anexo 7 do Auto de Infração.

Sem razão, portanto, a Impugnante, quando alega que “os valores de margem amparada estão bem acima do real”. Ademais, a Defesa não apresenta qualquer elemento de prova que pudesse desconstituir a apuração da margem aparada pelo Fisco.

Observando que referida receita de vendas, apurada pelo Fisco (Quadro 12), alcançava valores superiores ao faturamento declarado pela Autuada em PGDA-S, o Fisco concluiu que restou configurada a ocorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, conforme dados constantes do “Quadro 13”, que compõe o Relatório Fiscal.

A Fiscalização destaca que os valores utilizados dos Estoques, das Despesas, e do Faturamento para obtenção da RV no Quadro 12 e das Saídas Desacobertas do Quadro 13 foram extraídos da DEFIS (Anexo 2), do BP (Anexo 3),

da DRE (Anexo 4), e PGDAS-D (Anexo 5), sendo todos esses documentos informados pela Contribuinte, assim como das notas fiscais de entradas emitidas por terceiros.

Portanto, o total de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período autuado, foi apurado pelo Fisco mediante o confronto entre o faturamento anual declarado pela Contribuinte em PGDAS-D e o total das vendas calculadas pelo Fisco em relação ao mesmo período, composto do resultado das vendas realizadas pela empresa (obtido com base nas notas fiscais de entradas emitidas por terceiros e informações constantes de documentos informados pela própria Autuada).

O Anexo 7 do Auto de Infração contém as planilhas completas de apuração, com legenda de detalhamento dos campos e fórmulas utilizadas.

Os PGDAS-D do período constam do Anexo 5 do Auto de Infração.

Correta a Defesa quando afirma que o Auto de Infração não declarou a inidoneidade das declarações apresentadas pela Autuada, via PGDAS-D. Tais declarações foram inclusive utilizadas na apuração do presente crédito tributário, como já relatado.

Como explica a Fiscalização, *“esta confusão resta comprovada, pois, ao contrário do que o autuado quer fazer crer, o Fisco considerou os valores declarados no PGDAS-D decotando-os da RV, para assim obter o valor das Vendas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, e respectiva base de Cálculo do ICMS devido, conforme análise dos Quadros 13, 14, e 15 adiante”*.

Nesse sentido, veja-se que a Conclusão Fiscal é procedimento fiscal idôneo para a verificação das operações realizadas pelo Sujeito Passivo, estando contemplada entre as técnicas de fiscalização previstas no art. 194 do RICMS/02. Ademais, o inciso I, do mesmo artigo, prevê, também, que poderá o Fisco se utilizar da análise da escrita comercial e fiscal, além de documentos fiscais e subsidiários, para a apuração das operações realizadas pelo sujeito passivo. Veja-se:

RICMS/02

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

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

A Fiscalização destaca que os documentos apresentados pela Autuada fazem parte da apuração, conforme prevê a legislação tributária, nos termos do inciso I do art. 194 supratranscrito.

O presente lançamento se baseia no levantamento contábil e fiscal, nos termos do art. 194, incisos I e V, portanto, nos exatos termos da legislação, ao contrário do alegado pela Impugnante.

No caso dos autos, conforme argumenta o Fisco, “*não tivesse a Fiscalização perquirido as DEFIS, no Anexo 2, assim como as NFE de Entrada, e, nos termos do art. 194, incisos I e V do RICMS/02, adotado metodologia através de análise contábil e Conclusão Fiscal para encontrar valor mais próximo ao real das receitas auferidas pelo autuado, não teria alcançado o resultado apresentado, uma vez que, em razão da omissão da empresa em enviar o BP, DRE e LRI para todos os exercícios, faltaram informações que deveriam ser entregues de forma espontânea e fidedigna pelo impugnante*”.

A Fiscalização deixou ainda registrado que “*a obtenção dos valores calculados pelo Fisco seguiu os ditames previstos na legislação tributária, e os valores devidos foram calculados reportando-se à 31 de dezembro de cada ano, além de terem sido utilizados, no exercício de 2019, o maior valor de Faturamento e o menor valor das Despesas custeadas pelo autuado, conforme anteriormente relatado, sendo, dessa forma, cristalinamente mais vantajoso ao impugnante*”.

Assim, o Fisco, considerando que não tinha em mãos a documentação solicitada e por força do art. 142 do Código Tributário Nacional, utilizou-se da técnica da conclusão fiscal para apuração do valor das saídas das mercadorias, baseando-se em informações prestadas pela própria Autuada.

Ademais, pelas provas constantes dos autos, constata-se que o Fisco esteve sempre em busca da verdade dos fatos.

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

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

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

RPTA

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

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria 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:

RICMS/02

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente

à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

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

(...)

Equivocam-se, ainda, as Impugnantes ao alegar que “a Autuação desconsiderou que as mercadorias comercializadas pela Impugnante (vidros – NCM 7007.19.00 e 70.05) estão sujeitas ao regime de substituição tributária”, uma vez que o Fisco efetuou o rateio das operações sujeitas à Substituição Tributária em forma de percentual (%), conforme Quadro 2.1 do item 8.2.1.1.3 do Relatório Fiscal.

Os respectivos percentuais foram aplicados à base de cálculo relativa às saídas das mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária (ST) desacobertadas de documento fiscal, conforme Quadro 14, das quais se exige apenas a Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a", c/c § 2º inciso I, da Lei nº 6.763/75, conforme demonstrado no Quadro 16.

Portanto, procedeu o Fisco ao cálculo da proporção das mercadorias sujeitas à tributação normal, substituição tributária e outras (isentas/não tributadas), conforme constante no Anexo 7 do Auto de Infração (Quadros 14 a 17 do Relatório Fiscal).

Reitera-se que não há, no presente lançamento, exigência do imposto para as mercadorias sujeitas ao recolhimento por substituição tributária.

Todo o Demonstrativo do crédito tributário encontra-se perfeitamente identificado nas planilhas que integram o Anexo 7 do Auto de Infração, com aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento), nos termos do art. 12, § 71, inciso I, da Lei 6.763/75.

Assim, diante de todo o exposto, verifica-se que para a apuração do ICMS devido pelas saídas desacobertadas, o trabalho fiscal se deu com base em levantamento contábil e fiscal, utilizando a Fiscalização de técnica idônea prevista no art. 194, incisos I e V do RICMS/02.

Lado outro, como mencionado, os argumentos suscitados pelas Impugnantes não se prestaram a desconstituir a acusação fiscal, uma vez que robusta e sobejamente comprovada a prática da infração.

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

Em outras palavras, independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

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 desacompanhada de documento fiscal;

(...)

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

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 desacompanhada 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;

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou da prestação.

(...)

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

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

(...)

Já em relação à parcela proporcional às saídas regulares de mercadorias sujeitas à substituição tributária, correta a exigência somente da referida Multa Isolada, devidamente adequada ao § 2º, inciso I.

Da mesma forma, em relação às operações de saídas desacobertadas de documentação fiscal, com isenção/não incidência do imposto, correto o procedimento fiscal de exigir apenas a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, adequada ao limitador previsto no § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado, não havendo razão para a Defesa alegar “ausência de exposição dos critérios objetivos e subjetivos quanto à dosimetria das multas fiscais de revalidação e isolada, (...) aplicando a penalidade no máximo legal”.

Registra-se que, conforme se verifica do Demonstrativo do Crédito Tributário (Anexo 7) do Auto de Infração, as Multas Isoladas exigidas encontram-se nos termos dos limitadores acima descritos (§ 2º, incisos I e II).

Noutro giro, foi incluída, também, no polo passivo da obrigação tributária, a sócia-administradora da empresa autuada, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, fato não contestado pela Defesa.

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

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTN

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

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

(...)

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

CTN

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

(...)

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

(...)

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, as Impugnantes afirmam que *“fica impugnado o termo de exclusão do simples nacional, uma vez que não foi demonstrado a ocorrência de infração no período de janeiro de 2018 a dezembro de 2021”*.

Não obstante a argumentação apresentada, observa-se que o procedimento da Fiscalização encontra-se embasado em procedimento idôneo, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, conforme demonstrado, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I, da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140, de 2018. 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;

(...)

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;

(...)

Resolução CGSN nº 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:

(...)

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

(...)

§ 3º A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV 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, 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 desacobertas de documentos fiscais.

Nesse sentido, em cumprimento ao devido processo legal, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e emitiu o "Termo de Exclusão do Simples Nacional", dando início ao processo de exclusão, conforme documentação integrante do Anexo 8 do Auto de Infração.

Destaca-se que a Contribuinte foi intimada do "Termo de Exclusão" juntamente com o Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 24.448/23/1ª:

ACÓRDÃO 24.448/23/1ª

(...)

EMENTA

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

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O SÓCIO-ADMINISTRADOR RESPONDE PELOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES ÀS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DECORRENTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO, POR FORÇA DO ART. 135, INCISO III DO CTN E ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

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

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

DECADÊNCIA NÃO RECONHECIDA. DECISÃO UNÂNIME.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

(...)

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

Dessa forma, considerando que os argumentos trazidos pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir a acusação fiscal de que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, verifica-se que se apresentam legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marco Otávio Martins de Sá. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Pedro Henrique Alves Mineiro (Revisor) e Gislana da Silva Carlos.

Sala das Sessões, 08 de outubro de 2024.

Alexandre Périssé de Abreu
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente

P