CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	23.865/25/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.003691058-59	
Impugnação:	40.010157922-77, 40.010157923-58 (Coob.)	
Impugnante:	Definitiva Indústria e Comércio de Confecções Ltda	
	IE: 318931568.00-73	
	José Ademir de Oliveira (Coob.)	
	CPF: 649.796.106-25	
Proc. S. Passivo:	Tércio Vitor Beltrame Rocha	
Origem:	DF/Governador Valadares	

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 - 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 (e art. 159, inciso I, do RICMS/23). Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I do mesmo diploma legal.

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 de 22/05/18.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de 01/01/20 até 31/03/24, deixando de recolher, portanto, o ICMS devido nas operações.

A empresa está enquadrada no Simples Nacional e possui CNAE principal nº 1412-6/01 - Confecção de peças do vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida.

Irregularidade apurada mediante confronto das operações declaradas pela empresa ao Fisco no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) com documentos extrafiscais regularmente apreendidos (devidamente extraídos dos arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado) em diligência realizada pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG).

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.

O sócio-administrador da Autuada, Sr. José Ademir de Oliveira, foi incluído, na condição de Coobrigado, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por ele 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, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e § § 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j" da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Da Impugnação

Inconformados, a Empresa Autuada e o Coobrigado apresentam, individualmente, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação ao presente e-PTA e requerem, ao final, a procedência das impugnações.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em sede de manifestações fiscais, refuta as alegações dos Impugnantes e requer, portanto, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 872/892, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida e, no mérito, pela procedência do lançamento. Por fim, opina pela improcedência da impugnação relativa à 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

Da Nulidade do Auto de Infração

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

Alegam que o procedimento de fiscalização, foi iniciado com a lavratura do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) em 09/05/24, portanto, em data anterior a devida formalização da ação fiscal, uma vez que o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) foi lavrado somente em 28/05/24, portanto, no seu entendimento, a ação fiscal se iniciou e a apreensão dos documentos se deu sem a lavratura prévia do AIAF.

Argumentam que as ressalvas para a não lavratura prévia do AIAF são as constantes do art. 54 da CLTA/84 e que não estão presentes no caso em comento.

Afirmam que a despeito da redação dos arts. 196 e 198 do CTN, "*não é possível identificar uma delimitação clara e precisa de quais seriam os limites da fiscalização no que se refere ao pedido de colaboração dos contribuintes, o que não se pode ocorrer, e efetivamente houve nos presentes autos, é a inversão de fases e desobediência absoluta a CLTA/MG*".

Todavia não assiste razão aos Impugnantes quando alegam que a ação fiscal não poderia ter se iniciado sem a lavratura do AIAF, uma vez que o AAD é um dos documentos constantes do art. 69 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA para os efeitos de documentar o início da ação fiscal, veja-se:

> RPTA
>
> Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:
>
> I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);
>
> II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);
>
> III - Auto de Retenção de Mercadorias (ARM);
>
> IV - Auto de Lacração de Bens e Documentos (ALBD);
>
> V - Auto de Infração (AI), nas hipóteses do art. 74.
>
> (...)
>
> Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

> § 1º O Auto conterá a descrição do objeto da apreensão e do depósito e, tratando-se de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação.
>
> (Grifou-se).

Nota-se que o AAD foi emitido no estrito ditame da norma conforme previsão no art. 69, inciso II c/c o art. 71, ambos do RPTA, cumprindo os procedimentos preparatórios para comunicar o início da ação fiscal, ao contrário das alegações dos Impugnantes.

Assim, a data do início da ação fiscal foi determinada pelo AAD, datado de 09/05/24 (Anexos 7 e 8 do e-PTA).

Posteriormente foi, ainda, lavrado o AIAF em 28/05/24, com ciência na mesma data.

Sem razão, portanto, a Defesa em suas alegações.

Registra-se que todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 todos do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

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

Quanto às demais razões apresentadas, como aquelas relacionadas à inclusão do Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, a metodologia de apuração da base de cálculo do imposto exigido, a "*ausência dos requisitos do art. 142 do CTN e inconsistência dos métodos utilizados*", confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Da Prova Pericial

Os Impugnantes pleiteiam a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto, formulam os quesitos acostados por meio do Anexo 39 e indicam assistente técnico do seu interesse.

Em apertada síntese, os quesitos apresentados dizem respeito aos procedimentos de formalização do Auto de Infração; procedimentos de fiscalização e investigação prévia; provas da acusação fiscal; inclusão do sócio no polo passivo da obrigação tributária; metodologia de apuração do imposto (base de cálculo, alíquota, créditos das entradas); penalidades e juros exigidos; suspensão da exigibilidade do crédito tributário; procedimentos de exclusão da empresa autuada do Simples Nacional; dentre outros.

Entretanto, as repostas aos quesitos não demandam conhecimento técnico especializado, mas apenas a análise da legislação tributária e documentos que se encontram anexados aos autos.

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 litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que a prova requerida afigura-se desnecessária, uma vez que constam dos autos todas as informações necessárias para a compreensão plena da matéria e as respostas aos quesitos propostas não necessitam de conhecimento que não tenha o órgão julgador.

Assim sendo, constata-se que o lançamento trata de situação meramente fática e objetiva, o lançamento se encontra devidamente instruído com todos os documentos e informações necessários para se chegar a um convencimento quanto à imputação fiscal e, ainda, a matéria não depende de conhecimentos técnicos especiais para convencimento quanto ao mérito.

Quanto ao tema, assim prescreve o art. 142, § 1°, inciso II, alínea "a" do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto n° 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:
>
> (...)
>
> § 1° - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:
>
> (...)
>
> II - será indeferido quando o procedimento for:
>
> a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;
>
> (...)

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

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais,

no período de 01/01/20 até 31/03/24, 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.

O sócio-administrador da Autuada, Sr. José Ademir de Oliveira, foi incluído, na condição de Coobrigado, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por ele 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, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada supra identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e § § 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j" da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

A empresa está enquadrada no Simples Nacional e possui CNAE principal nº 1412-6/01 - Confecção de peças do vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida.

Irregularidade apurada mediante confronto das operações declaradas pela empresa ao Fisco no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDASN-D) com documentos extrafiscais regularmente apreendidos (devidamente extraídos dos arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado) em diligência realizada pela SEF/MG.

As informações relativas às declarações enviadas ao Fisco, por meio de PGDAs, constam dos Anexos 2, 3 e 4 do Auto de Infração.

Já os documentos extrafiscais apreendidos na referida operação constam dos Anexos 11 a 16 do Auto de Infração.

Constam, ainda, do Auto de Infração, o Auto de Deslacração (Anexo 5), os Autos de Apreensão e Depósito nºs 9569 e 9571 (Anexos 7 e 8) e a Declaração de Estoque de Mercadorias (Anexo 9).

O Demonstrativo do Crédito Tributário (DCT) encontra-se no Anexo 18 do Auto de Infração.

A Fiscalização explica que para a apuração do imposto devido foi aplicada a alíquota de 18% (dezoito por cento), nos termos do art. 12, § 71, da Lei nº 6.763/75.

Os Impugnantes iniciam suas peças de defesa fazendo uma explanação acerca da dinâmica de suas relações comerciais e a apuração do presente crédito tributário a partir de "relação de pedidos digitados", alegando, em síntese, que "*muitos pedidos não são concretizados e que não guardariam qualquer consonância com a*

efetiva compra e concretização do fato gerador para a incidência do ICMS a teor do contido".

Argumentam que "*supor que um fato tenha acontecido ou que sua materialidade tenha sido efetivada, não é o mesmo que exibir a concretude de sua existência, mediante prova direta, conferindo-lhe segurança e certeza*" e que "*os recursos à presunção devem ser utilizados com muito e especial cuidado*".

Salientam que para demonstrar a fragilidade da prova única produzida pela Fiscalização, colaciona, às págs. 19/20, diversas situações de não concretização dos pedidos cadastrados "digitados" no aplicativo utilizado pela empresa autuada.

Transcrevem o art. 142 do CTN, afirmando que a descrição lógica e comprovada dos fatos, em especial daqueles geradores de obrigação tributária, é elemento essencial do Auto de Infração.

Citam legislações, jurisprudências e princípios tributários que entende corroborarem o seu entendimento.

Contudo, o presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado e não em meras presunções, como alega a Defesa.

Como dito, ao confrontar os valores lançados nos documentos extrafiscais devidamente apreendidos/copiados com o faturamento mensal declarado ao Fisco por meio do PGDASN-D do Simples Nacional, 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 (e art. 159, inciso I do RICMS/23):

> 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;
>
> (...)
>
> RICMS/23
>
> *Efeitos a partir de 1º/07/2023*
>
> Art. 159 – Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, a autoridade fiscal poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:
>
> I – análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;
>
> (...).

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.

Assim, não há que se falar em ofensa ao art. 142 do CTN, como pretende fazer crer os Impugnantes, pois o Fisco determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, nos termos estabelecidos na legislação vigente, identificou corretamente o Sujeito Passivo da obrigação tributária, assim como aplicou de forma escorreita a penalidade cabível.

Sobre a operação realizada SEF/MG e a apreensão dos documentos extrafiscais, deixou registrado o Fisco no Relatório Fiscal Complementar:

> A Autuada, empresa inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado de Minas Gerais, promoveu a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. A constatação ocorreu em uma operação administrativa realizada pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG, Delegacia de Governador Valadares, realizada no Município de Itabirinha, ocorrida em 09/05/2024. Durante a operação, foi identificado no computador do setor financeiro da empresa um programa em que era feito um controle extrafiscal de venda de produtos, através desse programa foi possível extrair um relatório em que constavam os pedidos faturados pela empresa no período de 01/01/2020 até 31/03/2024, este arquivo foi copiado para o pen drive e identificado pelo código MD-5 nº B03394A64D61CFC3E73FC28C40424185 em substituição ao código MD-5 526172211A070100AB091F5F. No setor também foram identificados fichas de pedidos impressas, que foram apreendidas sob o Auto de Apreensão e Depósito nº 9569 e durante a auditoria nos documentos apreendidos, foram identificados que estes pedidos constavam no relatório de pedidos extraído no computador do setor financeiro.

Quanto ao argumento da Defesa de que muitos pedidos não foram concretizados e, portanto, não guardam relação com o fato gerador, reporta-se à análise da Fiscalização, que cuidou de verificar os argumentos e documentos apresentados pelos Impugnantes e constatou que tais pedidos não foram incluídos no presente lançamento:

> A Impugnante aduz que a relação de pedidos utilizados pelo Fisco para apurar a base de cálculo do ICMS possui muitos e muitos pedidos que não foram efetivados, por isso, não deveriam integrar a base de cálculo do imposto, pois não houve fato gerador do ICMS, conforme prevê o artigo 5º e 14º da Lei nº 6763/75 e o artigo 142 do CTN.

> Entretanto, essa alegação não merece prosperar. Quando o arquivo de pedidos utilizado como base para o auto de infração foi extraído do computador da empresa durante a fiscalização, foram aplicados filtros na seleção dos dados, de modo que só retornassem resultados de pedidos que tivessem sido concluídos, conforme anexos 11 a 16 deste PTA. A impugnante anexou a este PTA uma relação com um total de 1.010 pedidos cancelados. Cada pedido do contribuinte possui uma numeração única, que não se repete, portanto, foi possível confrontar a relação de pedidos cancelados apresentada pela Impugnante, com os pedidos que integraram a base de cálculo do ICMS e concluir, que nenhum pedido cancelado integrou a base de cálculo do imposto.
>
> A defesa apresentou algumas imagens na impugnação (páginas 16, 19 e 20), como forma de exemplificar os pedidos não processados incluídos na base de cálculo do imposto, porém, mais uma vez não assiste razão a defesa, pois os pedidos nºs 12526272, 12526278, 12526173, 12526862, 12525673, 12527173, 12527314, 12527697, 253420, 253572, 254371, 25294, 25242, 25019, 9966174 e 9966228 não foram incluídos na base de cálculo do ICMS calculado no Auto de Infração.
>
> (Grifou-se)

Sem razão, portanto, a Defesa em suas alegações.

Os Impugnantes argumentam que no AIAF não fora solicitada nenhuma informação complementar nem proposto qualquer espaço para que pudesse ser esclarecido questionamentos pertinentes.

Contudo, tais alegações não têm o condão de invalidar o lançamento, mesmo porque os Impugnantes não trazem, em suas peças de defesa, qualquer argumento ou documento que possa contrapor às informações constantes dos documentos extrafiscais apreendidos, 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 nos documentos extrafiscais apreendidos e o faturamento mensal declarado no PGDASN-D, portanto, não há que se falar em mera presunção de saídas desacobertadas de documentação fiscal.

Assim, os argumentos suscitados pelos Impugnantes não se prestaram a desconstituir a acusação fiscal, uma vez que robusta e sobejamente comprovada a prática da infração.

Vale acrescentar que 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.

A Defesa defende que é ilegal a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) em todo o período autuado, alegando ser "*uma alíquota incoerente com a que efetivamente é devida mensalmente para a empresa no REGIME SIMPLIFICADO – Simples Nacional*".

Contudo, 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 (LC) nº 123/06 (Simples Nacional), que assim prescreve:

> Lei Complementar nº 123/06
>
> 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;
>
> (...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

> EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

> CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.
>
> PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO.(APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Correta, portanto, a apuração do imposto devido com aplicação da alíquota de 18%, nos termos do art. 12, § 71, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar nº 123/06.

Quanto às alegações constantes do Tópico V da impugnação, "*Cálculo abusivo na apuração – ICMS calculado "por dentro*", com efeito, a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo é um procedimento previsto na legislação tributária, especificamente no art. 13, § 1º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96, bem como no art. 13, § 15 da Lei nº 6.763/75, que estabelecem que o montante do ICMS integra a sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle:

> LC nº 87/96
>
> Art. 13. A base de cálculo do imposto é:
>
> (...)
>
> § 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo:
>
> I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;
>
> (...)
>
> Lei nº 6.763/75
>
> Art. 13. A base de cálculo do imposto é:
>
> (...)
>
> § 15. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Vale dizer que a consideração do valor do imposto como componente do valor da operação não se presume e, ao contrário, precisa estar formalizada em documento fiscal, para que seja tida por existente.

No que se refere às ocorrências de operações desacobertadas de documento fiscal, objeto do presente lançamento, trata-se de situação que impõe a conclusão de que o tributo incidente não foi considerado e o respectivo ônus não foi repassado ao adquirente.

Dessa forma, necessária é a inclusão do imposto na base de cálculo omitida, ou seja, relativa às operações desacobertadas de documento fiscal.

Assim sendo, correto o procedimento do Fisco, nos termos da legislação tributária que prevê que o ICMS é calculado por dentro, com sua inclusão na própria base de cálculo, considerando-se, para tanto, a alíquota legalmente definida.

A Defesa contesta a desconsideração dos créditos pela entrada de mercadorias e apresenta alegações de apuração incorreta do crédito tributário por "*não consideração de compras como fato gerador de crédito*" e que "*foi preterido todo o crédito apurado pela contribuinte no ano de 2020*", período em que teria apurado o recolhimento do imposto pela sistemática de débito e crédito.

De plano, deve-se lembrar que o lançamento objeto do trabalho é em virtude da falta de recolhimento do ICMS devido nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Adotava-se o procedimento de recomposição da conta gráfica quando a infração era aproveitamento indevido de créditos do imposto levado a efeito pelo contribuinte, matéria não versada nos presentes autos.

E, ainda, RICMS/02 estabeleceu a partir de 01/02/15, no art. 195 (bem como o art. 160 do RICMS/23), nova forma para o procedimento fiscal de recomposição de conta gráfica, que não é o caso dos autos, que só se aplica por ocasião do pagamento do crédito tributário.

A não recomposição da conta gráfica encontra respaldo, ainda, no art. 89 inciso I do RICMS/02 (mesma redação do art. 115, inciso I do RICMS/23), que estabelece o esgotamento do prazo de recolhimento do imposto relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra sem documento fiscal.

> 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;
>
> (...)
>
> RICMS/23
>
> Art. 115 – 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;
>
> (...)

Nas hipóteses do art. 89 do RICMS/02 e do art. 115 do RICMS/23, por já se encontrar esgotado o prazo do recolhimento do imposto, o crédito tributário exigido pelo Fisco é o resultante da aplicação da alíquota imponível sobre a base de cálculo, como apurado pela Fiscalização.

Assim, o feito fiscal encontra-se devidamente amparado pelas normas legais.

Pelo exposto, considerando que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, consequentemente, 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, capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista 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% (cinqüenta 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, como se verifica do Anexo 18 do Auto de Infração.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório das multas e juros e ofensa ao princípio da razoabilidade, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis:*

> Lei nº 6.763/75
>
> Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:
>
> I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2° do art. 146;
>
> (...)

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: "NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS" (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Os Impugnantes alegam, ainda, a ausência de demonstração da memória de cálculo dos juros. Afirmam que "*a.Infração padece de clareza quanto a incidência e o cálculo dos juros. Qual seria a sua data inicial para o cálculo em cada competência?"*.

Todavia, consta do Auto de Infração, sobre o valor do crédito tributário, que o "*valor calculado com multas e respectivos juros reduzidos para pagamento nos 10 (dez) primeiros dias do recebimento do AI, desde que o término desse prazo ocorra*

dentro do mês de sua emissão. A partir do mês subsequente, os juros de mora serão recalculados até o efetivo pagamento ou parcelamento, nos termos da Resolução nº 2.880/97". (Grifou-se).

Cumpre registrar que a Resolução nº 2.880, de 13/10/97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, em seu art. 2º, é clara quanto à incidência dos juros de mora, tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre as multas, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento:

> Resolução nº 2.880/97
>
> Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:
>
> I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;
>
> II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).
>
> (...)

Os arts. 127 e 226 ambos da Lei nº 6.763/75 estabelecem a incidência dos juros de mora sobre o tributo e sobre a multa aplicada, após o prazo de vencimento:

> Lei nº 6.763/75
>
> Art. 127 - Os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.
>
> (...)
>
> Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.
>
> (...)

Diferentemente do que foi alegado pela Autuada, a lavratura do Auto de Infração ocorreu em observância às normas tributárias mineiras, na medida em que a incidência de juros de mora sobre débitos não recolhidos tempestivamente tem a previsão contida, ainda, no art. 215 do RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08. Veja-se:

> RPTA
>
> Art. 215. Sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.
>
> (...)
>
> (Grifou-se)

A Fiscalização deixou registrado, ainda, que

> Observa-se que, de acordo com o inciso II do art. 2º da citada Resolução, o débito é corrigido desde o primeiro dia do mês subsequente ao seu vencimento até a data do efetivo pagamento. Somente em relação à multa isolada o termo inicial para cobrança dos juros de mora é o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).
>
> Verifica-se que, às fls. 3 a 6 do Auto de Infração, estão discriminados os valores totais do crédito tributário, por código de receita, com os correspondentes valores originais e de juros, sendo que o campo dos juros sobre a multa isolada está zerado, em conformidade com o inciso II do art. 2º da Resolução nº 2.880, acima transcrito.
>
> (...)

Noutro giro, os Impugnantes alegam a ilegitimidade do sócio administrador para compor o polo passivo da presente obrigação tributária por ausência de demonstração da prática de ato doloso, uma vez que "*o ônus probatório referente à inviolabilidade do art. 135 do Código Tributário Nacional pertence ao executado*".

Argumentam, em apertada síntese, que a inclusão do sócio no polo passivo "*somente ocorrerá quando demonstrados de forma inequívoca os elementos ligando tais pessoas aos fatos, ou seja, o fato de os sócios haverem agido com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, o que não ocorreu nos presentes autos, donde se apura que a md. Auditora fiscal se limitou a capitular a possível conversão da cobrança ao sócio administrador*".

Destaca que, no presente caso, sequer há demonstração de que o sócio tenha criado qualquer embaraço às atividades da Fiscalização.

Cita legislações, jurisprudências e doutrinas que entende corroborarem o seu entendimento.

Não obstante os argumentos apresentados, a responsabilização tributária do sócio administrador no polo passivo da obrigação tributária se deu corretamente nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (devidamente capitulado no Auto de Infração, ao contrário da citada falta de fundamentação pela Defesa):

> 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.
>
> (...)

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 ao Coobrigado, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando permitiu a saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, como já demonstrado.

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

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, por unanimidade, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

> [...] O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

Registra-se que o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Sujeitos Passivos todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório, mencionado pela Defesa.

Correta, portanto, a inclusão do sócio administrador no polo passivo da presente obrigação tributária.

Noutra toada, a Defesa contesta a exclusão da Empresa Autuada do regime do Simples Nacional, alegando ausência de processo administrativo prévio e específico que garantisse o amplo direito de defesa e do contraditório e a retroatividade indevida de seus efeitos.

Afirma que "*no caso presente não fora demonstrado que o contribuinte teve efetivamente praticado qualquer ato de natureza dolosa que pudesse configurar as situações previstas na LC 116/03 para a sua consequente exclusão do Simples Nacional*" e que "*o contribuinte cumpriu rigorosamente com suas obrigações acessórias, consistindo na entrega das declarações mensais e anuais e recolheu tempestivamente os tributos devidos*".

Não obstante as alegações da Defesa, 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 desacobertadas 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, c/c art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j" da Resolução CGSN nº 140/18. 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.
>
> (...)
>
> § 3° - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.
>
> (...)
>
> § 9° - 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)
>
> 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°)
>
> (...)
>
> d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar n° 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
>
> (...)

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, exatamente o caso dos autos.

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" (Anexo 17 do Auto de Infração).

No caso, a Autuada foi intimada do "Termo de Exclusão" conforme documento de págs. 861/862 do e-PTA, impugnando a sua exclusão tanto na mesma peça em que contestou o lançamento, como em impugnação específica, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sem razão portanto, a Defesa em sua alegação de ausência de processo administrativo prévio e específico que garantisse o amplo direito de defesa e do contraditório, uma vez que a Fiscalização agiu nos exatos termos da legislação e a exclusão da Empresa Autuada do regime de tributação do Simples Nacional se deu nos termos do art. 29, incisos V e XI e § § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06, supratranscrito.

A Fiscalização registra, ainda, que "*a resolução 140/2018 do Comite Gestor do Simples Nacional, que regulamenta este procedimento, traz a possibilidade de contraditório posterior ao Termo de Exclusão, por meio de impugnação. E está claro ter sido possibilitada essa instancia de contraditório e ampla defesa ao contribuinte, uma vez que efetivamente manejou impugnação. Assim sendo, não há o que se falar em ofensa a estas garantias, na forma como ocorre o processo de exclusão do Simples Nacional pelo discutido Auto de Infração.*"

Cabe pontuar que a data de apuração inicial considerada para fins de exclusão é a data do segundo mês de apuração das infrações, ou seja, a data em que restou caracterizada a prática reiterada da infração, nos termos do art. 29, § 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06.

> Lei Complementar Federal nº 123/06
>
> Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:
>
> (...)
>
> § 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
>
> (...)

No caso, o Termo de Exclusão registra que "a data de apuração inicial considerada para fins de exclusão foi a partir de 01/01/2021".

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 24.419/23/1ª:

ACÓRDÃO Nº 24.419/23/1ª

(...)

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, DEVIDO À SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO E AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA PLANILHA "DETALHAMENTO DE VENDAS", NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO (PGDAS-D) E NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I, V E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75, SENDO ESTA ÚLTIMA MULTA ADEQUADA AO DISPOSTO NO INCISO I DO § 2º DO CITADO ARTIGO.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. ESTANDO COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA É 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 94/11.

(...)

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

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001

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.

(JULGAMENTO EM 04/07/23; PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/07/23)

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 pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais, restando correta, ainda, a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional.

Por fim, desnecessário o pedido de suspensão de exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, inciso III, do CTN, uma vez que o crédito tributário somente será efetivamente cobrado após a inscrição em dívida ativa.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. 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 improcedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Pelos Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Tércio Vitor Beltrame Rocha e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora), Wertson Brasil de Souza e Juliana de Mesquita Penha.

Sala das Sessões, 12 de fevereiro de 2025.

Antônio César Ribeiro
Presidente / Relator

CS/P