

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.114/16/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000263814-50  
Impugnação: 40.010138405-76  
Impugnante: F.A.M. Comércio de Cosméticos Ltda - ME  
IE: 062332642.00-39  
Proc. S. Passivo: Antônio Roberto Winter de Carvalho/Outro(s)  
Origem: DFT/Belo Horizonte

**EMENTA**

**MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE RECEITA.** Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apurada mediante o confronto entre os valores das vendas declaradas na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN e os valores dos documentos fiscais emitidos pela Autuada (Anexo 1). Procedimento tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

**OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE RECEITA – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Constatada a saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacobertas de documento fiscal, apurada mediante o confronto entre os valores das vendas declaradas na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN e os valores dos documentos fiscais emitidos pela Autuada (Anexo 1). Procedimento tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

**MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CONCLUSÃO FISCAL.** Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no mês de dezembro de 2011, apurada mediante conclusão fiscal (Anexo 2). Procedimento 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 capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

**OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CONCLUSÃO FISCAL – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Constatada a saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacobertas de documento fiscal, no mês de dezembro de 2011, apurada mediante conclusão fiscal (Anexo 2). Procedimento tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e V do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

**MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – CONCLUSÃO FISCAL – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Constatada a entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária desacobertas de documento fiscal,

apurada mediante conclusão fiscal (Anexo 2). Procedimento tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e V do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, calculada em dobro, nos termos do § 2º, inciso III do referido artigo e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

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

**Lançamento procedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 - saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, sendo uma parte delas sujeita ao regime normal de apuração do imposto e outra parte sujeita ao regime de Substituição Tributária – ST, apurada por meio da diferença entre os valores das vendas declaradas na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN e os valores dos documentos fiscais emitidos pelo Sujeito Passivo (Anexo 1), nos períodos de janeiro de 2010 a março de 2011, maio de 2011 a fevereiro de 2012, abril de 2012, junho a agosto de 2012, novembro de 2012, fevereiro e abril de 2013 e agosto de 2014;

2 - saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, sendo uma parte delas sujeita ao regime normal de apuração do imposto e outra parte sujeita ao regime de Substituição Tributária – ST, apurada por conclusão fiscal, ajustando-se o faturamento declarado na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN à realidade das vendas no mês de dezembro de 2011;

3 - entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, desacobertas de documento fiscal, apurada mediante conclusão fiscal, nos períodos de junho a dezembro de 2010, março a maio de 2011, julho a setembro de 2011, dezembro de 2012 e dezembro de 2013.

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, alínea “a” da referida lei.

Com relação às entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacobertas de documento fiscal, a Multa de Revalidação foi calculada em dobro, nos termos do § 2º, inciso III do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

No que se refere às saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacobertas de documento fiscal, exige-se apenas a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta tempestivamente e por meio de seu representante legal, Impugnação às fls. 1.423 a 1.437.

Sustenta que a impugnação interposta está direcionada contra o Auto de Infração - AI nº 01.000.263.814-50 e contra o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 07301032/13062210/190615, transcrevendo parte do referido termo, no que diz respeito ao início do processo de exclusão da empresa e à condição que possibilita constar da mesma peça impugnatória do lançamento de ofício, a impugnação ao referido processo de exclusão do regime do Simples Nacional.

Assim, informa que ambas as impugnações supracitadas serão tratadas em conjunto, frente a existência de conexão de fatos e de direitos, vindo requerer a suspensão dos efeitos do presente PTA e do Termo de Exclusão do Simples Nacional até o julgamento definitivo do mérito na instância administrativa.

Alega a prescrição de parte dos débitos arrolados, pelo decurso do prazo de cinco anos, contados de sua constituição definitiva, conforme assevera o art. 174 do Código Tributário Nacional - CTN, reforçando que a Fazenda Pública tem esse prazo para que o executado tenha conhecimento da execução judicial.

Assevera que a prescrição é a morte da ação que tutela o direito, pelo decurso do tempo previsto em lei, isto é, extingue o crédito tributário (art. 156, V).

Prossegue, invocando o CTN ao afirmar que a prescrição não atinge apenas a ação para cobrança do crédito tributário, mas o próprio crédito, ou seja, a relação material tributária.

Transcreve à fl. 1.425, trecho da obra de THEODORO, Humberto Jr. – Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento; Vol. I, 24ª Edição, ed. Forense. Rio de Janeiro 1998.

Reafirma que, no caso em tela, a Fiscalização está atuando em períodos que já se encontram prescritos, uma vez que o Auto de Infração fora lavrado em 19/06/15, ao passo que a documentação examinada é referente a 01/01/10, havendo, portanto, o decurso do prazo de cinco anos.

Aborda o relatório fiscal do Auto de Infração, referindo-se à apuração de saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, sujeitas ou não à ST, por meio do confronto entre os documentos (NF's série "D" e Mod. 1) emitidos e o faturamento declarado ao Simples Nacional (DASN/PGDAS), nos períodos e valores registrados.

Aduz que pelos anexos juntados pela Fiscalização ao PTA, é possível auferir que os documentos não levam em conta a existência de declaração de retificação realizada no ano de 2013, onde fora promovido o ajuste espontâneo das informações fiscais e a respectiva apuração de crédito tributário do Simples Nacional (abarcando tributos federais e estaduais), que se encontra consolidado por meio de parcelamento pago em dia.

Prossegue, defendendo que a declaração retificadora do Simples Nacional supramencionada tem a mesma natureza da declaração originalmente apresentada, demonstrando a boa-fé do contribuinte no cumprimento de suas obrigações tributárias, sejam elas principal ou acessória, inclusive pelo reconhecimento espontâneo do seu débito e consequente procedimento de parcelamento.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cita a jurisprudência, às fls. 1.427/1.428, apregoando a não exclusão do Simples Nacional quando a autuação se basear em débitos cuja exigibilidade esteja suspensa, considerando, por sua vez, a inexistência de débito tributário que antecede a lavratura do presente PTA.

Discorre sobre o recolhimento regular da substituição tributária, alegando a inexistência de recolhimento a menor e de amparo fático, uma vez que aparentemente só fora utilizado o cruzamento de informações financeiras, desconsiderando o cruzamento efetivo da movimentação das mercadorias, conforme comprovado pelos documentos que juntou aos autos.

Tece alegações quanto ao excesso de cobrança nas multas de revalidação e juros de mora, argumentando que está ocorrendo cobrança de multas e juros sobre valores que se encontram em parcelamento consolidado pela União e Estado, além de serem, os valores cobrados, abusivos, ilegais e extorsivos, sendo que tal cobrança representa verdadeiro confisco em afronta à Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV e art. 150, inciso IV.

Considera a cobrança de caráter confiscatório no caso em comento, ou seja, o que era para servir de instrumento sancionador e inibidor do estado, transforma-se em inequívoca fonte de arrecadação, configurando-se como verdadeiro tributo ilegal, disfarçado sob a roupagem de penalidade pecuniária.

Corroborar sua argumentação com a transcrição da ADI-MC nº 2.010 – DF, do Supremo Tribunal Federal, às fls. 1.430 e 1.431, bem como com a citação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, concluindo a seu favor que, naquele caso, permitir a aplicação das multas e dos juros pela embargada seria permitir um enriquecimento ilícito por parte da mesma.

Argui em sua defesa que o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, como ato contínuo e embasado no Auto de Infração em tela, não pode prosperar diante da ausência de embasamento fático e inexistência de infração reiterada a legislação tributária, conforme restará demonstrado.

Reafirma a desproporcionalidade das sanções aplicadas, uma vez que não se vislumbra a prática de delito tributário no presente caso. Atribui a ausência de prática reiterada de infração tributária ao fato de que nunca fora autuada, assim como se encontra em dia com suas responsabilidades fiscais para com o Simples Nacional.

Ressalva, caso ainda seja apurado algum crédito tributário em seu desfavor, que não se pode pretender imputar a pecha da prática reiterada, eis que tal prática anteriormente nunca havia sido identificada, assim como não existe sequer crédito tributário constituído.

Faz referência aos ditames da Lei Complementar nº 123/06, defendendo sua interpretação dentro dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Defende-se da exclusão retroativa do regime do Simples Nacional, uma vez que não há nenhuma condenação sua.

Considera que a exclusão do Simples Nacional fere o direito adquirido e a irretroatividade da lei penal, reproduzindo à fl. 1.434 o que dispõe a Constituição de 1988, art. 5º, incisos XXXVI e XL.

Solicita que seja procedida prova pericial para a qual indica assistente técnico/perito contábil, bem como os quesitos a serem respondidos, conforme fls. 1.435 e 1.436 do PTA.

Requer a procedência da impugnação, para ao final desconstituir o crédito tributário e seus efeitos.

A Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal as fls. 3.145/3.155 pedindo que seja julgado procedente o lançamento.

Em sessão do dia 24/02/16, a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, indeferiu o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, julgou procedente o lançamento. Tendo em vista que a referida decisão não tratou do Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 100, a Presidente do CC/MG, em Despacho proferido no dia 09/03/16 (fls. 3.167), e observando o disposto no art. 21, inciso VIII do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, determinou o encaminhamento do PTA à 1ª Câmara para decidir sobre o incidente processual.

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 20 de abril de 2016, admitiu o incidente processual e declarou a nulidade da decisão anterior.

---

## **DECISÃO**

### **Da Preliminar**

#### **Do pedido de perícia**

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo. Para tanto, formula os quesitos de fls. 1.435 e 1.436.

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).

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.

Todavia, o exame pericial no presente caso, mostra-se absolutamente desnecessário, na medida em que os quesitos propostos têm respostas no conjunto probatório acostado aos autos e na legislação de regência do imposto.

Estão relacionados nas planilhas elaboradas pela Fiscalização todos os dados das DASN (originais e retificadoras) utilizadas na autuação, assim como o completo demonstrativo de cálculo que subsidia a autuação.

E, os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação das questões postas.

Diante do exposto, indefere-se o pedido de produção de prova pericial, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

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

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

### **Do Mérito**

Conforme relatado, a autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 - saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, sendo uma parte delas sujeita ao regime normal de apuração do imposto e outra parte sujeita ao regime de Substituição Tributária – ST, apurada por meio da diferença entre os valores das vendas declaradas – DASN/PGDAS (Anexo 1) e os valores dos documentos fiscais emitidos pelo Sujeito Passivo, nos períodos de janeiro de 2010 a março de 2011, maio de 2011 a fevereiro de 2012, abril de 2012, junho a agosto de 2012, novembro de 2012, fevereiro e abril de 2013 e agosto de 2014;

2 - saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, sendo uma parte delas sujeita ao regime normal de apuração do imposto e outra parte sujeita ao regime de Substituição Tributária – ST, apurada por conclusão fiscal, ajustando-se o faturamento declarado na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN à realidade das vendas no mês de dezembro de 2011;

3 - entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, desacobertas de documento fiscal, apurada mediante conclusão fiscal, nos períodos de junho a dezembro de 2010, março a maio de 2011, julho a setembro de 2011, dezembro de 2012 e dezembro de 2013.

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, alínea “a” da referida lei.

Com relação às entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacobertas de documento fiscal, a Multa de Revalidação foi calculada em dobro, nos termos do § 2º, inciso III do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que se refere às saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacobertadas de documento fiscal, exige-se apenas a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista a natureza da infração cometida pela Autuada (realizar operações desacobertadas de documentos fiscais) foi, também, lavrado o Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 100).

Inicialmente, invocando o art. 174 do CTN, sustenta a Impugnante a prescrição do débito constituído pelo presente Auto de Infração.

Cediço que o prazo de prescrição estabelecido no referido artigo é de 5 anos, tendo sua contagem como termo inicial a data de sua constituição definitiva.

Nesse sentido, a Súmula n. 153 do TRF: “*Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos.*”

Nos termos do art. 85, inciso II do RPTA, a exigência do crédito tributário foi formalizada pela emissão do Auto de Infração em 19/06/15 (fl. 16), com intimação da Autuada em 29/06/15 (fl. 50), sendo instaurado o contencioso administrativo fiscal pela Impugnação (protocolo de 29/07/15, conforme fls. 1.423).

Dispõe os art. 94 e 111 do RPTA:

Art. 94 - Nenhum processo por infração à legislação tributária será sobrestado, ou arquivado sem decisão final proferida na esfera administrativa.

(...)

Art. 111 - Põem fim ao contencioso administrativo fiscal:

- I - a decisão irrecorrível para ambas as partes;
- II - o término de prazo, sem interposição de recurso;
- III - a desistência de impugnação, reclamação ou recurso de revisão;
- IV - o ingresso em juízo, sobre a matéria objeto do PTA, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;
- V - o pagamento do crédito tributário;
- VI - o cancelamento da exigência fiscal.

Portanto, esgotados os procedimentos tributários administrativos, subsistindo o lançamento do crédito tributário, exigível pelo transcurso de prazo para pagamento, é que haveria de se falar em hipótese de prescrição, conforme o arguido pela Impugnante.

Considera-se, assim, que enquanto não houver decisão do processo administrativo, tendo em vista o disposto em regulamento, bem como até que ocorra a

constituição definitiva do crédito tributário, conforme o art. 174 do CTN, não corre prazo de prescrição.

Embora não arguido pela Impugnante, que se ateve a suposições quanto à aplicação da prescrição em seu favor, no que concerne à apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, nos períodos de janeiro de 2010 a maio de 2010, procedeu-se, por força das disposições contidas no § 4º do art. 150 do CTN, ao lançamento de ofício, aplicando-se a contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I do CTN.

Assim, o marco final para a decadência, para o exercício 2010 seria dezembro de 2015. Sendo o presente auto de infração lavrado em junho de 2015, não há que se falar em decadência.

Quanto ao mérito, propriamente dito, consta da presente autuação que a Impugnante procedeu à retificação das DASN, que restou analisada pela Fiscalização quando da lavratura do presente Auto de Infração, conforme se infere das fls. 124/157.

Entretanto, a falta de emissão dos documentos fiscais ficou demonstrada pelo cruzamento dos documentos apresentados à Fiscalização mediante “Termo de Intimação Fiscal” (anexados ao PTA por gravação em mídia ou impressos por amostragem) com as receitas registradas em declarações retificadoras do Simples Nacional, assim consideradas e levadas à apuração (fls. 26/49).

Registre-se, por oportuno, que o procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e V, RICMS/02, nos seguintes termos:

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

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

(...)

V - conclusão fiscal;

A falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita a Contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, conforme o art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

Assim, uma vez comprovada a realização de operações sem a devida emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência, à margem do regime do



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Simplex Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme preceitua o art. 13 da Lei Complementar nº 123/06:

Art. 13 - O Simplex 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;

(...)

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 DESACOMPANHADA 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 DESACOMPANHADAS 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)**

No que concerne à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simplex Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e inciso IV, alíneas "d" e "j", e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do 22.114/16/1ª

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06:

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput: I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN nº 94/11:

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

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere à Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do Contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06:

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

Resolução CGSN nº 94/11:

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

I - da RFB;

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

Não existe na legislação mineira disposição específica sobre a exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata das notificações em seu art. 10:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

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

No caso, a Autuada foi intimada do desenquadramento juntamente com o Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 21.258/14/3ª:

EMENTA (...) SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

Relativamente às multas aplicadas, agiu corretamente a Fiscalização. A multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, a saber:

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,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

No caso das entradas desacobertas de documento fiscal, de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a Multa de Revalidação foi calculada em dobro, nos termos do art. 56, § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75:

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

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

Já a multa capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a" da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória. Examine-se:

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 desacobrada 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;

(...)

Em relação aos juros de mora, sua incidência encontra suporte legal no art. 2º da Resolução nº 2.880/97, que dispõe sobre os créditos tributários do Estado de Minas Gerais:

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:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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).

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, 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*:

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 § 2º do art. 146;

(...)

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. E, ainda, em julgar procedente a exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

**Sala das Sessões, 20 de abril de 2016.**

**Maria de Lourdes Medeiros**  
**Presidente**

**Maria Gabriela Tomich Barbosa**  
**Relatora**

IS/P