

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.197/16/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000286784-33
Impugnação: 40.010138541-94, 40.010138543-56 (Coob.)
Impugnante: Green Pet Indústria e Comércio de Reciclagem Ltda - ME
IE: 001054493.00-10
Cideval Donisete Clemente (Coob.)
CPF: 688.230.706-78
Coobrigado: João Luiz de Paula Castro
CPF: 037.151.166-68
Origem: DFT/Uberaba

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – CONTABILISTA – CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 124, inciso II do CTN c/c art. 21, § 3º da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA – PRESUNÇÃO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, decorrente da falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entrada (LRE), apurada com base em notas fiscais emitidas pelos remetentes, circunstância esta que autoriza a presunção de saída das respectivas mercadorias, a teor do disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75. Os argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para desconstituir o lançamento. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso II e § 4º do RICMS/02. 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, alínea “a”, todos da referida lei. Infração caracterizada, porém, devendo ser adequado o aspecto temporal do fato gerador para considerar como 10/09/14, a data da saída desacoberta para as operações que contêm o registro das notas fiscais de entrada, conforme declaração de estoque de fls. 279.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ARQUIVO ELETRÔNICO – FALTA DE ENTREGA – SINTEGRA. Constatada a falta de entrega de arquivos eletrônicos referentes à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, conforme previsão nos arts. 10 e 11, ambos do Anexo VII do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO. Restando comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, que não escriturou o Livro Caixa e que no ano calendário de 2013 as aquisições de mercadorias para comercialização foram superiores a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recurso no mesmo período e, sendo esta conduta caracterizada como motivo de exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V, VIII, X, XI e art. 26, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 e art. 76, incisos IV, alíneas "d", "g" e "j" e art. 76, § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11, correto o Termo de Exclusão do Simples Nacional lavrado pela Fiscalização.

SIMPLES NACIONAL – ALTERAÇÃO DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO – RECOLHIMENTO A MENOR. Constatado que a Autuada recolheu ICMS a menor, tendo em vista sua exclusão do regime do Simples Nacional. Uma vez que os efeitos da exclusão são retroativos à data do fato que a ocasionou, nos termos do art. 29, inciso XI e § 1º da Lei Complementar nº 123/06, o ICMS deve ser recolhido, a partir desta data, pelo sistema normal de débito e crédito. Corretas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre:

1) Constatação de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, decorrente da falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas (LRE), apurada com base em notas fiscais emitidas pelos remetentes, circunstância esta que autoriza a presunção de saída das respectivas mercadorias, a teor do disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75;

2) Constatação, mediante levantamento quantitativo, de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Exige-se 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", todos da referida lei;

3) Constatação de falta de entrega de arquivos eletrônicos, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, infringindo determinações previstas no Anexo VII do RICMS/02.

Exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75;

4) Exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V, VIII, X, XI e art. 26, inciso I da Lei Complementar n.º 123/06 e art. 76, incisos IV, alíneas "d", "g" e "j" e art. 76, § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11, uma vez que restou comprovado nos autos que a empresa promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, não escriturou o Livro Caixa e que, no ano calendário de 2013, as aquisições de mercadorias para comercialização foram superiores a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recurso no mesmo período;

5) Constatação de que a Autuada recolheu ICMS a menor tendo em vista sua exclusão do regime do Simples Nacional.

Exige-se ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização imputa a solidariedade passiva ao administrador, Sr. Cideval Donizete Clemente, e ao contabilista, Sr. João Luiz de Paula Castro, nos termos dos arts. 124 e 135 do Código Tributário Nacional – CTN, bem como do art. 21 da Lei n.º 6.763/75.

Inconformada, a Autuada Green Pet Indústria e Comércio de Reciclagem Ltda apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 288/291, acompanhada dos documentos de fls. 292/311, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 327/337.

Também inconformado, o Coobrigado Cidevaldo Donisete Clemente apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 316/320, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 338/346.

Às fls. 350/399 a Fiscalização junta extratos bancários de fornecedores da empresa autuada. Devidamente intimados, os Sujeitos Passivos não se manifestam.

A Câmara de Julgamento exara o Despacho Interlocutório de fls. 412, o qual é respondido pela Autuada com a juntada dos documentos de fls. 418/473. Na oportunidade também é convertido o julgamento em diligência.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 475/483, com juntada de documentos. Devidamente intimados os Sujeitos Passivos não se manifestam.

Em sessão realizada em 24/08/16, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 01/09/16.

DECISÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado, a autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1) Constatação de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, decorrente da falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entrada (LRE), apurada com base em notas fiscais emitidas pelos remetentes, circunstância esta que autoriza a presunção de saída das respectivas mercadorias, a teor do disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75;

2) Constatação, mediante levantamento quantitativo, de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Exige-se 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", todos da referida lei;

3) Constatação de falta de entrega de arquivos eletrônicos, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, infringindo determinações previstas no Anexo VII do RICMS/02.

Exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75;

4) Exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V, VIII, X, XI e art. 26, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 e art. 76, incisos IV, alíneas "d", "g" e "j" e art. 76, § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11, uma vez que restou comprovado nos autos que a empresa promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, não escriturou o Livro Caixa e que, no ano calendário de 2013, as aquisições de mercadorias para comercialização foram superiores a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recurso no mesmo período;

5) Constatação de que a Autuada recolheu ICMS a menor tendo em vista sua exclusão do regime do Simples Nacional.

Exige-se ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

O Auto de Infração foi instruído com os seguintes anexos:

ANEXO I – Relatório fiscal, Termo de exclusão do simples nacional e Auto de Início de Ação Fiscal (fls. 06/17);

ANEXO II – Cópias de notas fiscais utilizadas como parâmetro para arbitramento e demonstrativo de crédito tributário (fls. 18/24);

ANEXO III – Planilha de notas fiscais de entrada e de saída de sucata, planilha de notas fiscais de entrada de cernambi e notas fiscais de produtor de venda de cernambi (fls. 25/233);

ANEXO IV – Procuração pública, intimações, declarações, cópia dos livros de Registro de Entradas e Registro de Saídas e declaração de estoque de mercadorias.

Da Sujeição Passiva e Responsabilidade dos Coobrigados

A Fiscalização imputa a solidariedade passiva ao administrador, Sr. Cideval Donizete Clemente, e ao contabilista, Sr. João Luiz de Paula Castro, nos termos dos arts. 124 e 135 do Código Tributário Nacional – CTN, bem como do art. art. 21 da Lei n.º 6.763/75.

O Coobrigado João Luiz de Paula Castro, apesar de intimado (Ofício nº 166/2015, de fls. 281 e Aviso de Recebimento – AR de fls. 283), optou por não apresentar impugnação.

O Coobrigado Cideval Donizete Clemente alega que embora formalmente investido dos poderes outorgados por procuração, não os exerceu e, ainda, que não há prova nos autos de alguma ação ou omissão sua que configurasse excesso de poderes, infração à lei ou contrato.

Por sua vez, a Fiscalização enfatiza que Cideval Donisete Clemente, CPF 688.230.706-78, pertenceu ao quadro societário da empresa no período de 05/12/07 (início das atividades) até 14/02/12.

Em 14/02/12, houve alteração no quadro societário e em 24 de maio de 2012, mesma data em que lhe fora outorgada procuração com amplos poderes, geral e ilimitado, para o fim especial de administrar e gerir a empresa outorgante, entre os quais comprar e vender mercadorias relativas ao seu ramo de comércio da empresa.

Acrescente-se que na primeira visita ao estabelecimento autuado, a Fiscalização foi recebida por Durval Tomaz Mendonça Filho que indicou como responsável pela gerência e administração da empresa, Cideval Donisete Clemente, que passou a atender à Fiscalização quanto às verificações que se mostraram necessárias.

Quando intimados pela Fiscalização para prestar esclarecimentos, os sócios atuais da empresa, Weuller Florêncio Borges e Elvis Landre Rezende Silva, conforme documento de fls. 242/243, novamente compareceu à repartição fiscal, Cideval Donisete Clemente, acompanhado de um funcionário do contabilista da empresa, conforme consta do relatório fiscal de fls. 08.

Assim, farta e robusta a prova de que desde o início das atividades da empresa, Cideval Donisete Clemente apresenta-se de fato e de direito (contrato social até 13/02/12 e procuração pública de fls. 236) como o real administrador.

A responsabilização do administrador pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei está devidamente caracterizada na falta de registro de documentos fiscais, livro fiscal obrigatório e outras ações e omissões que resultaram na falta de recolhimento do tributo objeto da presente autuação, conforme demonstrado adiante.

A responsabilidade pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias está regulada pelo Código Tributário Nacional. Estabelece o seu art. 135, inciso III que o administrador responde pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Veja-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Dispõe o art. 21, § 2º da Lei n.º 6.763/75 que o administrador da empresa é responsável pela obrigação tributária, nos seguintes termos:

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.

que: De igual modo, o art. 56-A, inciso I, alínea “b” do RICMS/02 estabelece

Art. 56-A - São pessoalmente responsáveis:

I - pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

b) 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, ou de que faz ou fez parte;

O entendimento dominante no Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais - CC/MG, com lastro na legislação, doutrina e jurisprudência, é no sentido de que os administradores respondem pela obrigação tributária quando os seus atos contrários à lei e/ou ao contrato social forem prévios ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária (que se dá pela realização do fato gerador), situação plenamente caracterizada no caso concreto dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumprir destacar que, no caso dos autos, não se trata de simples e eventual descumprimento de obrigação principal, mas de prática de atos sob a administração do Coobrigado, que conduziram à falta de recolhimento do tributo estadual.

Quanto ao outro Coobrigado, ainda que não tenha apresentado impugnação, cabe ressaltar que sendo o contabilista da empresa no período fiscalizado, o Sr. João Luiz de Paula Castro foi alçado à condição de responsável tributário nos termos do art. 21, § 3º, inciso II da Lei n.º 6.763/75 c/c o art. 124, inciso II do Código Tributário Nacional.

Dispõe o CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Veja-se a previsão contida na lei estadual, *in verbis*:

Art. 21 - São solidariamente responsável pela obrigação tributária:

.....

§ 3º - São também pessoalmente responsáveis o contabilista ou o responsável pela empresa prestadora de serviço de contabilidade, em relação ao imposto devido e não recolhido em função de ato por eles praticados com dolo ou má-fé.

Na mesma linha o art. 56-A, incisos I e II do RICMS/02 estabelece que são pessoalmente responsáveis:

Art. 56-A - São pessoalmente responsáveis:

I - pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

.....

II - pelo imposto devido e não recolhido em função de ato por ele praticado com dolo ou má-fé, o contabilista ou o responsável pela empresa prestadora de serviço de contabilidade.

No caso dos autos, ao deixar de registrar livros e documentos fiscais, com implicação em falta de emissão de documentos, fere o contabilista as regras contábeis e seus atos contribuem para o não pagamento do imposto.

Assim, correta a inclusão dos Coobrigados no polo passivo do presente lançamento.

Passa-se à análise de cada uma das irregularidades constatadas.

Da Saída Desacobertada Apurada por Omissão de Registro de Entradas

Conforme relatado, a autuação trata sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, por presunção legal prevista no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75, em virtude da falta de escrituração de notas fiscais de aquisição no livro Registro de Entradas, no período de fevereiro e abril de 2013.

Exige-se ICMS, Multa de revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização constatou a irregularidade mediante confronto de dados dos fornecedores da Autuada (notas fiscais e comprovação de recebimento) com as escriturações no livro Registro de Entradas.

A Autuada alega que não teria efetuado as referidas compras e que seus dados teriam sido utilizados por terceiros para documentar as operações.

Entretanto, sem razão a Defesa.

Na verificação, comprovou-se que a existência das notas (fls. 33/233) e depósito nas contas dos fornecedores (fls. 350/399), correlacionados em seu conjunto na planilha de fls. 483.

Inobstante os depósitos em dinheiro, Transferência Eletrônica de Disponível – TED e cheque com valores aproximados, os fornecedores reconhecem as operações e a própria Autuada declara que efetuava os pagamentos com crédito direto na conta de seus fornecedores e que não possui registro contábil (livros caixa e bancos) ou outro registro da movimentação financeira (fls. 244/245).

O trabalho fiscal está corretamente fundamentado no inciso I do parágrafo único do art. 51 da Lei nº 6.763/75 e no art. 53 do RICMS/02. Examine-se:

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:

(...)

Parágrafo único - Presume-se:

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

(...)

RICMS/02:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

II - for declarado em documento fiscal valor notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria ou da prestação do serviço;

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;

V - ocorrer a falta de sequência do número de ordem das operações de saídas ou das prestações realizadas, em Cupom Fiscal, relativamente aos números que faltarem;

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.

As disposições citadas, legal e regulamentar, demonstram que, nas hipóteses de falta de registro de notas fiscais de entrada de mercadorias tributadas, é permitido à Fiscalização presumir saídas desacobertas das referidas mercadorias, arbitrar o valor das operações e impor penalidades, o que foi feito no caso.

Com base na presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, prevista no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75, a Fiscalização fez as exigências, sendo que o valor das operações foi arbitrado com base na documentação de fls. 19/21 e sequer foi contestado.

Vale destacar que a denominada presunção “juris tantum” é legal, pois está disposta em lei, e permite a produção de prova em contrário para afastá-la, ou seja, transfere o dever ou ônus probante da autoridade fiscal para o sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

Assim, poderia a Impugnante ilidir a acusação fiscal, anexando aos autos a prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, de que não infringiu a legislação tributária. Entretanto, isso não ocorreu. Alegou-se apenas boa-fé.

Dessa forma, os argumentos trazidos pela Defesa não se revelam capazes de elidir a autuação, sendo corretas as exigências do 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.

Da Saída Desacoberta Apurada em Levantamento Quantitativo

Conforme relatado, a autuação trata sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se 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”, todos da referida lei.

Resumindo, no dia 10/09/14, a Fiscalização esteve no estabelecimento da Autuada e constatou, por meio do Levantamento Quantitativo-Declaração de Estoque de Mercadoria de fls. 279, que a empresa não possuía em estoque a mercadorias cernambi/borracha bruta, então objeto da apuração.

Em seguida, partindo da inexistência de estoque declarado pela Contribuinte em 31/12/12 e em 31/12/13, o que foi ratificado no interlocutório de fls. 412 e das operações realizadas pela Contribuinte ao longo do período, a Fiscalização concluiu, acertadamente, que as mercadorias não incluídas em documentos fiscais de saída e inexistentes no estabelecimento em 10/09/14, de lá saíram desacobertas de documentação fiscal, o que ensejou a cobrança de imposto, multas e acréscimos legais.

A empresa impugnante alega que não teria efetuado as compras das referidas mercadorias, que sequer seriam objeto de sua atividade e que seus dados teriam sido utilizados para simular operações.

Contudo, a própria Impugnante admite, às fls. 290, que *“Contudo, reconhece que o simples fato de as notas fiscais terem sido absorvidas em sua escrita fiscal milita em favor da procedência da acusação, não tendo a autuada meios de impugná-la convenientemente”*.

Superada a constatação do fato gerador do ICMS em função de saída desacoberta, cabe analisar o aspecto temporal do fato gerador.

Ocorre que a Fiscalização lançou as saídas como ocorrida em cada mês em que se deu a entrada da mercadoria (cernambi/borracha bruta), não encontrada em estoque nem nas notas fiscais de saída emitidas.

Contudo, referida apuração de saída desacoberta foi concluída somente com os dados do Levantamento Quantitativo-Declaração de Estoque de Mercadoria de fls. 279, ocorrido em 10/09/14, data que deve ser considerada como ocorrida a saída, ajustando-se o aspecto temporal do fato gerador.

A Fiscalização afirma que para essa exigência, as infrações foram apuradas levando-se em consideração que as notas fiscais foram registradas no livro próprio, caracterizando levantamento exclusivamente com base em documentos da escrita fiscal do contribuinte, razão pela qual aplicou a redução da Multa Isolada a 20% (vinte por cento), prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Cabe ressaltar que diante de infração de saída desacoberta, se constatada a irregularidade **exclusivamente** com base nos documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do Contribuinte, deve sim a Multa Isolada do art. 55, inciso II ser reduzida de 40% (quarenta por cento) para 20% (vinte por cento), mas essa não é a realidade dos autos.

Observe-se que a infração foi constatada em razão do confronto da escrita fiscal da Impugnante com o **Levantamento Quantitativo-Declaração de Estoque de Mercadoria** realizado em 10/09/14 (fls. 279), momento da ação fiscal perpetrada no

estabelecimento comercial, situação que extrapola os documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte. Assim dispõe a legislação:

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

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, **com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;** (Grifou-se).

Dessa forma, procedente a exigência do ICMS, Multa de revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a", ambos da Lei nº 6.763/75. Contudo, deve ser ajustado o aspecto temporal do fato gerador para considerar como 10/09/14 a data da saída desacobertada.

Da Falta de Entrega de Arquivo Eletrônico

Decorre, o presente lançamento, da constatação de falta de entrega de arquivo eletrônico no período de fevereiro a dezembro de 2013, relativo à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais.

A obrigatoriedade de entregar, mensalmente, os arquivos eletrônicos solicitados pela Fiscalização, encontra-se prevista nos arts. 10, caput e § 5º, e 11, caput e § 1º, ambos do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10 - Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

(...)

§ 5º - O contribuinte, observado o disposto nos artigos 11 e 39 desta Parte, fornecerá o arquivo eletrônico de que trata este artigo, atendendo às especificações descritas no Manual de Orientação previsto na Parte 2 deste Anexo, vigente na data de sua entrega.

(...)

Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o art. 10, observado o disposto no art. 39, todos desta Parte, será realizada, mensalmente, mediante sua transmissão, via internet, para a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao das operações e prestações.

§ 1º - O contribuinte deverá verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do programa validador SINTEGRA e do programa transmissor TED, obtidos no endereço eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais na internet (www.sef.mg.gov.br).

(...)

De acordo com o disposto no art. 10, no seu § 5º, retrotranscrito, os contribuintes (usuários de Processamento Eletrônico de Dados - PED para emissão de documento fiscal e ou escrituração de livro fiscal e de Emissor de Cupom Fiscal - ECF) devem entregar arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações realizadas no período de apuração, o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos, observadas as especificações prescritas no Manual de Orientação previsto na Parte 2 do Anexo VII do RICMS/02, vigentes na data da entrega do arquivo.

O fato apurado não é combatido pela Autuada que reconhece o cometimento da infração quando alega, em sede de impugnação, que a falta de entrega decorreu por mera questão técnica na geração do arquivo.

A infração é formal e objetiva. Portanto, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito, nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional – CTN, que prescreve que a intenção do agente é irrelevante para a tipificação do ilícito fiscal.

Insta observar que os arquivos eletrônicos transmitidos por contribuintes, desde que consistentes, permitem à Fiscalização realizar auditorias fiscais e/ou contábeis com maior eficiência, sem a necessidade de manusear volumes excessivos de livros e documentos fiscais.

Ressalta-se que, tratando-se de matéria tributária, o ilícito tipificado na legislação pode advir de descumprimento de obrigação principal, tal como a falta de pagamento do tributo, ou de descumprimento de obrigação acessória, como o não atendimento a deveres instrumentais ou formais. É exatamente esta segunda hipótese de que ora se trata. Entretanto, em qualquer das hipóteses, verifica-se a não prestação de uma obrigação imposta pela lei ou legislação tributária.

Assim, caracterizada a infração apontada pela Fiscalização, encontra-se correta a exigência, por período, da penalidade capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXIV - por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar

de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais - 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração.

Da Exclusão da Empresa do Regime do Simples Nacional

A Lei Complementar n.º 123/06 estabelece os requisitos necessários para que o contribuinte seja contemplado pelo tratamento beneficiado e favorecido conhecido como Simples Nacional.

A regra contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea f da citada lei complementar é clara ao estabelecer a exclusão deste tratamento diferenciado das operações que ocorrerem sem a devida emissão de documentos fiscais.

Frise-se que a Lei Complementar n.º 123/06 é clara ao condicionar o tratamento beneficiado e diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte à emissão do documento fiscal correspondente a cada operação, a saber:

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

.....
VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

.....
§ 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;

.....
Se aproveitar do tratamento beneficiado do Simples Nacional, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, caracteriza infração ao disposto no art. 13 acima transcrito, e também ao § 2º do art. 9º da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 30, de 07 de fevereiro de 2008 (vigente à época da ocorrência dos fatos), *in verbis*:

OMISSÃO DE RECEITA

Art. 9º Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional.

§ 1º - A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federativo não desobrigará: (Renumerado pela Resolução CGSN nº 40, de 1º de setembro de 2008)

I - da apuração da base de cálculo real efetuada pelo contribuinte ou pelas administrações tributárias;

II - da emissão de documento fiscal, previsto no art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007.

§ 2º Não serão observadas as disposições da Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008, nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008)

Ainda, constatou a Fiscalização que a Contribuinte não escriturou o Livro Caixa e que no ano calendário de 2013 as aquisições de mercadorias para comercialização foram superiores a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recurso no mesmo período.

Dessa forma, ao comprovar a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, a falta de escrituração do Livro Caixa e aquisições superiores a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recurso no mesmo período, a Fiscalização providenciou a exclusão de ofício da Impugnante do regime diferenciado do Simples Nacional.

A exclusão se deu nos termos do art. 29, incisos V, VIII, X, XI e art. 26, inciso I da Lei Complementar n.º 123/06 e art. 76, incisos IV, alíneas "d", "g" e "j" e art. 76, § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11.

Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar n.º 123/06:

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;

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

X - for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para comercialização ou industrialização, ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque, for superior a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;

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

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.

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;

Resolução CGSN n.º 94/11:

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

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

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar n.º 123, de 2006;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

g) houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

.....
j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97; (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN n° 101, de 19 de setembro de 2012)

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

I - a ocorrência de dois ou mais períodos de apuração consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calandário, 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 n.º 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas reiteradas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, deixe de escriturar o Livro Caixa e faça aquisições superiores a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recurso no mesmo período.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar n.º 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN n.º 94/11, abaixo 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 n.º 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 n.º 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 Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais - 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.

No caso, os Autuados foram intimados do Termo de Exclusão, parte integrante do Anexo I do Auto de Infração, conforme comprova os Avisos de Recebimento - AR de fls. 283/286, tendo sido impugnada a sua exclusão na mesma peça em que se contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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

Assim, inicialmente, o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Neste sentido, este Órgão Julgador já decidiu reiteradamente, a exemplo do Acórdão 20.664/12/3ª.

Assim, aprova-se o Termo de Exclusão do Simples por restar comprovada a causa da exclusão do regime unificado e simplificado, qual seja, as saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Do Recolhimento a Menor em Função da Alteração do Regime de Tributação/Exclusão do Simples Nacional

Uma vez evidenciada a prática, pela Autuada, de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, a falta de escrituração do Livro Caixa e aquisições superiores a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recurso no mesmo período, cabe a análise das exigências de ICMS pelo regime normal de débito/crédito, no período de fevereiro a dezembro de 2013, em função da exclusão da Contribuinte do regime Simples Nacional.

Procedeu, a Fiscalização, à composição da conta gráfica da Autuada, conforme demonstrativo de fls. 13 – Anexo I do PTA, lançando-se os débitos e créditos correspondentes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Determina o art. 32 da Lei Complementar nº 123/06 que:

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Ora, como já explicitado, foi lavrado contra a Autuada o Termo de Exclusão do Simples Nacional com efeitos a partir de 01/02/13, de modo que, a partir da referida data, deve a Autuada, em respeito ao art. 32 supratranscrito, submeter-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Por conseguinte, perfeitamente adequada a composição da conta gráfica da Autuada, tributando as operações praticadas, a partir do mês em que ocorreu o descumprimento da obrigação tributária, de acordo com o art. 76, inciso IV, alínea “j” da Resolução CGSN nº 94/11.

Corretas as exigências do ICMS apurado, bem como a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para considerar como 10/09/14, a data da saída desacobertada para as operações que contém o registro das notas fiscais de entrada, conforme declaração de estoque de fls. 279 e, ainda, aprovar o Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 15/16 dos autos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes e Hélio Victor Mendes Guimarães.

Sala das Sessões, 01 de setembro de 2016.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Revisor

Marco Túlio da Silva
Relator

P