

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.627/17/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000483080-71
Impugnação: 40.010141496-13
Impugnante: Rainha da Paz Livros e Artigos Religiosos Ltda - ME
IE: 702039673.00-01
Coobrigados: Liciane Rezende dos Reis Camargos
CPF: 860.397.096-34
Marcelo de Camargos Vilela
CPF: 497.897.916-15
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre as informações constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e os valores declarados pela Impugnante como faturamento conforme Declaração Anual do Simples Nacional – DASN e Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDAS e, ainda, Denúncia Espontânea por ela apresentada. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Razões de defesa insuficientes para alteração do lançamento. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, para a saída de mercadorias sujeitas à tributação normal. Para as mercadorias sujeitas à tributação por substituição tributária, exigência apenas da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da citada lei.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, de forma reiterada, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar n.º 123/06, c/c o disposto no art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN n.º 94/11.

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

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal no período de maio de 2011 a dezembro de 2015, apuradas mediante confronto dos valores referentes às vendas realizadas por meio de cartões de débito/crédito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões de débito/crédito, com os valores declarados pela Contribuinte como faturamento, conforme DASN - Declaração Anual do Simples Nacional e PGDASD - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional, e ainda, pela Denúncia Espontânea apresentada.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, para as mercadorias sujeitas à tributação normal. Para as mercadorias sujeitas à tributação por substituição tributária, exigência apenas da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da citada lei.

Os sócios administradores Mateus Guimarães Gomes Zanata, Sueli Guimarães Silva Zanata, Marcelo de Camargos Vilela e Luciane Rezende dos Reis Camargos, foram inseridos no polo passivo da autuação nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 90/97.

O Fisco se manifesta às fls. 191/198, contrariamente ao alegado na peça de defesa, pedindo ao final a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

Em sessão realizada em 08 de março de 2017, a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, converteu o julgamento em diligência para que a Fiscalização trouxesse aos autos comprovante de exclusão dos Coobrigados Sueli Guimarães Silva Zanata e Mateus Guimarães Gomes Zanata, conforme informado na Manifestação Fiscal (fl. 193). Em seguida, determinou a abertura de vista aos Impugnantes do resultado desta diligência e do DCMM de fls. 182/184, que demonstra o abatimento do crédito tributário do pagamento referente aos períodos de maio a julho de 2011, doc. de fls. 203.

O Fisco retorna aos autos à fl. 205 e esclarece que os sócios Sueli Guimarães Silva Zanata e Mateus Guimarães Gomes Zanata foram excluídos do polo passivo e, em seguida, intimou os Impugnantes conforme documentos de fls. 207/212.

A Impugnante retorna aos autos à fl. 214 afirmando que o Fisco reconheceu a exclusão dos sócios, mas não se manifestou novamente sobre todo o restante da defesa apresentada.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se à fl. 222, informando que foi cumprida integralmente a diligência do Conselho de Contribuintes, e que a Fiscalização abordou todos os pontos da impugnação na Manifestação Fiscal de fls. 191/198, portanto posterior a exclusão dos sócios Sueli Guimarães Silva Zanata e Mateus Guimarães Gomes Zanata e ao Demonstrativo de correção Monetária e Multas – DCMM de fls. 182/184.

Do Incidente processual

Em sessão realizada em 13/06/17, acordou a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento.

Em Despacho de fls. 226/231, observando o disposto no art. 21, inciso VIII do Regimento Interno do CC/MG, o Presidente do CC/MG determina o encaminhamento do PTA à 3ª Câmara de Julgamento para decidir sobre incidente processual, uma vez constatado, no momento da redação do Acórdão, que não foi tratada na decisão a exclusão do Simples Nacional, conforme Termo emitido pela Fiscalização para esse fim às fls. 70.

Em sessão realizada em 06/09/17, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em admitir o incidente processual, declarando a nulidade da decisão anterior.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual versa acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal no período de maio de 2011 a dezembro de 2015, apuradas mediante confronto dos valores referentes às vendas realizadas por meio de cartões de débito/crédito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões de débito/crédito, com os valores declarados pela Impugnante como faturamento, conforme DASN - Declaração Anual do Simples Nacional e PGDASD - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional, e ainda, pela Denúncia Espontânea por ela apresentada.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, para saída de mercadorias sujeitas à tributação normal. Para a saída de mercadorias sujeitas à tributação por substituição tributária, exigência apenas da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da citada lei.

Registra-se que os Coobrigados Sueli Guimarães Silva Zanata e Mateus Guimarães Gomes Zanata foram excluídos do polo passivo da obrigação, em razão de terem efetuado o pagamento do crédito tributário referente aos períodos de maio a julho de 2011, período em que participaram da administração da empresa, conforme fls.89, 182/184.

Os sócios administradores Marcelo de Camargos Vilela e Luciane Rezende dos Reis Camargos, permanecem no polo passivo da autuação nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Da Preliminar

Sustenta a Impugnante inicialmente que o Auto de Infração foi lavrado sem sequer dar-lhe oportunidade de defesa, pois na data de 31 de janeiro de 2016 foi notificada pela Secretaria da Fazenda de Minas Gerais para prestar esclarecimento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acerca de inconsistências referentes a operações de circulação de mercadorias realizadas no seu estabelecimento, e apesar de protocolar a devida resposta dentro do prazo, não obteve resposta até a data de apresentação de sua impugnação.

O Auto de Infração, como ato administrativo que é, está sujeito a regime jurídico de direito público e, portanto, deve observar os pressupostos de validade dos atos administrativos, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Neste ponto deve ser ressaltado que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que, efetivamente é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no estado de Minas Gerais pela Lei n.º 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

(...)

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

(...)

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

(...)

Pela leitura dos dispositivos normativos retrotranscritos e o confronto das regras neles dispostas com os fatos e fundamentos que nortearam a lavratura do presente Auto de Infração, não restou configurada a alegada nulidade da presente autuação, uma vez restar demonstrado que esta condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, assegurado o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Assim, o relatório do Auto de Infração, complementado que foi pelo Relatório Fiscal e demais demonstrativos explicativos do lançamento regularmente enviados aos sujeitos passivos, identificam plenamente todos os requisitos do ato administrativo previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional. São eles: o sujeito passivo, a matéria tributável, a base de cálculo do imposto, o valor do imposto devido, os dispositivos legais que foram infringidos e as respectivas penalidades cabíveis.

O argumento de que o Fisco lavrou o Auto de Infração sem sequer dar oportunidade aos Autuados se defenderem não prospera.

Às fls. 39/41 está demonstrado que o Fisco enviou Termo de Intimação a ora Impugnante informando das possíveis inconsistências encontradas e dando-lhe oportunidade para prestar os esclarecimentos que entende-se necessários. Referido termo foi recebido em 27 de janeiro de 2016 (fl. 42).

Às fls. 43/46, a Impugnante apresenta sua resposta, questionando somente em relação ao período de abril de 2014. Em relação aos demais períodos afirma que “*a empresa reconhece as diferenças apuradas na notificação, entretanto, requer que sejam desconsideradas para o cálculo do tributo e aplicação de penalidade as mercadorias amparadas pelo regime de Substituição Tributária, sob pena de ocorrer a bitributação ...*”, pedindo, neste momento, o recebimento de sua denúncia espontânea.

À fl. 61 a Impugnante é notificada sobre a necessidade de preenchimento de formulário próprio para recebimento de denúncia espontânea. O referido documento foi recebido em 25 de maio de 2016, conforme fl. 62.

Em 02 de junho de 2016 a Impugnante protocola o Termo de Autodenúncia (fl. 63) e, 03 de junho de 2016, a Fiscalização encaminha o e-mail de fl. 65, acusando o recebimento do Termo de Autodenúncia e informando que ele não continha os elementos necessários para a constituição do crédito tributário.

Já em 09 de junho de 2016, a Fiscalização envia novo e-mail reiterando os termos do e-mail anterior, conforme documento de fl. 66.

À fl. 67, está demonstrado que a Fiscalização encaminhou, por via postal, a mesma notificação já tratada nos e-mails retromencionados. Em 14 de junho de 2016 a Impugnante recebe a notificação (fl. 68).

O documento de fl. 69 contém o e-mail enviado pela Impugnante, em 27 de junho de 2016, perguntando se foi recebida a denúncia espontânea. No mesmo documento verifica-se a resposta da Fiscalização, datada de 28 de junho de 2016,

informando do recebimento, mas que a referida denúncia não apresentava os elementos necessários para a constituição do crédito tributário e cita os e-mails e a notificação encaminhados anteriormente.

Importa registrar que a própria Impugnante reconhece em sua peça impugnatória que o Fisco fez contato por telefone e e-mail.

Resta demonstrado nos autos que os argumentos trazidos pela Impugnante em sua peça defensiva comprovam que houve o perfeito e necessário entendimento das acusações que lhe foram imputadas.

Também alega a Impugnante que a Fiscalização incluiu os Coobrigados no polo passivo da obrigação de forma aleatória e ilegal, sem apresentação de provas e sem o direito de ampla defesa.

Os Coobrigados foram incluídos no polo passivo da obrigação nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional, c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Repita-se, pela importância, que os Coobrigados Sueli Guimarães Silva Zanata e Mateus Guimarães Gomes Zanata foram excluídos do polo passivo, em razão do pagamento do crédito tributário referente aos períodos de maio a julho de 2011. Também foram extintos os valores de crédito tributário referentes aos períodos retrocitados, conforme fls.89, 182/184.

Diante do exposto, rejeita-se a preliminar arguida.

Do Mérito

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, referente ao período de maio de 2011 a dezembro de 2015.

Para formalizar o presente lançamento o Fisco se lastreou nos valores de venda informados pelas administradoras de cartão de débito e/ou crédito confrontando-os com os valores declarados pela Contribuinte como faturamento, conforme DASN - Declaração Anual do Simples Nacional e PGDASD - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional, e ainda, pela Denúncia Espontânea apresentada.

Foram incluídos no polo passivo como responsáveis os Srs. Marcelo de Camargos Vilela e Luciane Rezende dos Reis Camargos, titulares da empresa, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Primeiramente, é importante ter em mente que os titulares da empresa tem responsabilidade em relação a emissão de documentos fiscais, o cumprimento de obrigações acessórias, bem como o recolhimento do imposto.

Frise-se que os sócios-administradores respondem pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

Da mesma forma dispõe o inciso II do § 2º do art. 21 da Lei n.º 6.763/75, a saber:

SEÇÃO IV

Da Responsabilidade Tributária

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 mesmo sentido, encontra-se o art. 56-A, inciso I, alínea b do RICMS/02, que estabelece a responsabilidade pessoal dos sócios, a saber:

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;

(...)

Contudo, saliente-se que a responsabilidade atribuída de forma pessoal aos Coobrigados não afasta a responsabilização da Contribuinte, a qual deverá também integrar o polo passivo.

Nesse sentido, esclarece o professor Hugo de Brito Machado, acerca da possibilidade de exoneração da pessoa jurídica no caso da responsabilidade prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional:

Parece-nos inteiramente inaceitável tal entendimento. A lei diz que são pessoalmente responsáveis, mas não diz que sejam os únicos. A exclusão da responsabilidade, a nosso ver, teria de ser expressa.

Com efeito, a responsabilidade do contribuinte decorre de sua condição de sujeito passivo direto da relação obrigacional tributária. Independe de disposição legal que expressamente a estabeleça. Assim, em se tratando de responsabilidade inerente à própria condição de contribuinte, não é razoável admitir-se que desapareça sem que a lei o diga expressamente.

O entendimento que tem prevalecido é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios-gerentes e diretores respondem pela obrigação tributária quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social, estatutos forem prévios ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária (que se dá pela realização do fato gerador).

Importa salientar que não é simplesmente o fato de ser sócio-administrador da empresa que gera a coobrigação, mas a natureza da infração imputada à contribuinte pelo Fisco e a caracterização de atos da pessoa física que geraram o descumprimento das normas legais e regulamentares.

O Tribunal de Justiça de Estado de Minas Gerais, em decisão unânime, no Processo n.º 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento:

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

Em relação ao mérito propriamente dito, repita-se, pela importância, que a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

A partir das vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) o Fisco partiu para verificar as informações declaradas pela Contribuinte.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Impugnante para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

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

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se que as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos I e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Impugnante é a prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

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;

(...)

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o 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 citado art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02.

Ainda que a Impugnante estivesse regularmente inscrita no Simples Nacional, como alega, uma vez comprovada a realização de operações sem a devida

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência, à margem do citado regime, do imposto e respectivas penalidades, conforme preceitua o art. 13 da Lei Complementar n.º 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 desacompanhada de documento fiscal;

(...)

Cabe esclarecer que para apuração do imposto devido, a Fiscalização procedeu ao arbitramento, tomando por base a proporcionalidade dos valores das saídas declaradas com e sem substituição tributária, conforme demonstrado no Anexo 4 (fls. 28/29). Sobre os valores das saídas desacompanhadas, aplicou-se o percentual encontrado de saídas sem substituição tributária. Sobre estes valores, aplicou-se a alíquota do ICMS, de 18% (dezoito por cento), nos termos da legislação acima transcrita.

O Anexo 5, fls. 30/35, apresenta os relatórios “Conclusão Fiscal” dos exercícios 2011 a 2015, demonstrando mês a mês, os valores das operações informadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, os valores declarados pela ora Impugnante por meio das DASN e PGDAS-D e as diferenças apuradas. Sobre as diferenças encontradas, aplicou-se o percentual de saídas com e sem substituição tributária, apuradas conforme demonstrado no Anexo 4, fls. 28/29.

No Anexo 6, fls. 36/37, o Fisco apresenta o Demonstrativo do Crédito Tributário, demonstrando claramente o faturamento omitido mês a mês, a proporcionalidade das saídas sem substituição tributária, a alíquota aplicada, o valor do imposto devido e as multas correspondentes.

Portanto, não houve cobrança de ICMS em relação às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, restando atendido o pedido da Impugnante.

Repita-se que a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devendo ser observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme preceitua o art. 13 da Lei Complementar n.º 123/06.

Ressalta-se que, em sua defesa, a Impugnante não apresentou qualquer prova em contrário dos valores apurados pela Fiscalização, nem mesmo qualquer

argumento ou documento que afastasse ou justificasse as saídas desacobertadas ou o faturamento omitido.

Há também o fato de que a Impugnante reconhece os valores lançados, pelo Termo de Autodenúncia, porém sem observância das normas legais, motivo pelo qual não foi aceita pelo Fisco.

A Impugnante sustenta que o Fisco tentou forçar a apresentação de denúncia espontânea. Contudo, não há provas nos autos que confirmem tal afirmativa. O termo de intimação enviado pela Fiscalização ao Contribuinte informando sobre inconsistências apuradas mediante cruzamento eletrônico de dados e da possibilidade de sanar as irregularidades antes de iniciada a ação fiscal, mediante instrumento de denúncia espontânea, está prevista no art. 207 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 – RPTA.

Do Termo de Exclusão do Simples Nacional

No que concerne à exclusão de ofício da Impugnante 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, e inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 6º, inciso I todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11.

Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar n.º 123/06

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar n.º 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional CGSN n.º 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 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

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, a saber:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

No caso, os Autuados foram intimados do “Termo de Exclusão”, fls. 70/76, impugnando a constituição do crédito tributário, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Os procedimentos adotados pelo Fisco, para a exclusão da Impugnante do regime simplificado mencionado, deram-se nos termos da legislação específica (Lei Complementar n.º 123/07 e Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional CGSN n.º 94/11).

No caso, configura-se prática reiterada de infração, para fins de exclusão do citado regime, nos termos do art. 29, § 9º, inciso I da Lei Complementar n.º 123/06, a ocorrência em 2 (dois) ou mais períodos de apuração (ICMS é apurado mensalmente), consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 05 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de Auto de Infração ou notificação de lançamento.

Nota-se que não há exigência, para a caracterização de prática reiterada de infração, do trânsito em julgado na esfera administrativa, basta que elas sejam formalizadas por meio de Auto de Infração ou notificação de lançamento.

Constata-se, pois, que o ato de exclusão, de ofício, da empresa autuada do Simples Nacional, encontra-se precedido da regular notificação e do respectivo devido processo legal, não havendo ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e ao contraditório.

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 n.º 21.258/14/3ª:

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.

Portanto, restou demonstrado que a Impugnante incorreu em infringências que culminam com sua exclusão de ofício do Simples Nacional em consonância com a legislação vigente, na medida em que as irregularidades apuradas configuraram saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais de forma reiterada (foram apuradas saídas de mercadorias desacobertadas em dezoito meses), estando correta a sua exclusão do referido regime diferenciado.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão deste Conselho de Contribuintes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO: 21.689/14/1ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000213250-39

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL (DASN) COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

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, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Portanto, caracterizadas as infringências à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências fiscais, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado provas capazes de ilidir o feito fiscal, legítimo é o lançamento em exame.

Portanto, correta a exclusão de ofício da Impugnante do Simples Nacional na medida em que restou comprovada e confessada, conforme pedido de parcelamento, a prática reiterada da infração consistente na saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Por fim cumpre destacar mais uma vez, que foram excluídos do polo passivo os ex-sócios Sueli Guimarães Silva Zanata e Mateus Guimarães Gomes Zanata, pois não fazem parte do quadro societário desde 2011, além de terem quitado os valores do período de sua responsabilidade, conforme fls.89, 182/184.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Geraldo da Silva Datas (Revisor) e Erick de Paula Carmo.

Sala das Sessões, 06 de setembro de 2017.

Luiz Geraldo de Oliveira
Presidente

Vander Francisco Costa
Relator

T

CC/MIG