

Acórdão: 22.195/19/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001156372-21
Impugnação: 40.010146951-03
Impugnante: GCM Restaurante Ltda
IE: 001957970.00-60
Coobrigado: José Candido Batista
CPF: 320.534.366-20
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

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

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE RECEITA – CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório (PGDASN-D), no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, e na Declaração de Apuração e Informação do ICMS (DAPI), no período de janeiro de 2016 a março de 2017, e 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, V e VII do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75 c/c inciso I do § 2º do mesmo artigo. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c arts. 83, inciso II e 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140 de 22/05/18. Entretanto deverão ser considerados os efeitos do Termo de Exclusão a partir de fevereiro de 2014, nos termos do art. 29, inciso V c/c § 9º, inciso I do citado artigo da Lei Complementar nº 123/06.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, através da comparação entre o faturamento declarado pela Autuada à Fiscalização, no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório (PGDASN-D), no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, e na Declaração de Apuração e Informação do ICMS (DAPI), no período de janeiro de 2016 a março de 2017, em confronto com os valores constantes em extratos fornecidos pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, no período de janeiro de 2014 a março de 2017.

São exigidos, então, o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

Sobre a base de cálculo do valor das saídas desacobertas de mercadorias, conforme apurado pela Fiscalização, foi aplicado o multiplicador de 8,4% (oito vírgula quatro por cento), nos termos do art. 43, inciso VI, c/c item 20, alínea “a”, da Parte 1 do Anexo IV, do RICMS/02, para cálculo do imposto devido.

O cálculo da Multa Isolada sofreu a limitação a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, conforme previsto no § 2º, inciso I do já citado art. 55.

Antes da emissão do Auto de Infração, a Autuada havia sido intimada, mediante Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF nº 10.000027521-21, recebido em 05/10/18 (fls. 02/03), a apresentar os livros de Registro de Entradas, de Registro de Saídas e os extratos mensais do Simples Nacional, todos referentes ao período de 2014/2018, porém, não atendeu a intimação.

A Fiscalização incluiu no polo passivo, na condição de Coobrigado, o sócio administrador, José Candido Batista, por ter sido considerado pelo Fisco responsável pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Às fls. 30/45, encontram-se cópias das declarações prestadas pela Autuada, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, via Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório (PGDASN-D), bem como das Declarações de Apuração e Informação do ICMS (DAPI), relativas ao período de janeiro de 2016 a março de 2017.

Em consulta ao Cadastro de Optantes do Simples Nacional, consta que a Autuada lá ingressou em 08/05/12.

Em função de conduta reiterada de infração à legislação, conforme art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06, e arts. 83, inciso II e 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18, foi emitido o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 15464411/107022100/081118 (fls. 46/47).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por meio de representante legal e Coobrigado, Impugnação às fls. 55/62, na qual alega,

preliminarmente, nulidade por ter a Fiscalização deixado de apresentar os relatórios analíticos das administradoras de cartão de crédito/débito, que atestariam os valores das vendas. No mérito, argumenta que das saídas desacobertas apuradas, parte já teria sido tributada por substituição tributária. Conclui, pedindo pela procedência do lançamento. Outros aspectos foram tratados na impugnação, os quais serão, oportunamente, abordados neste acórdão.

Em decorrência dos argumentos apresentados pela Defesa, a Fiscalização emite Termo de Rerratificação do Lançamento (fls. 84/103), por meio do qual:

1. inclui o Anexo IV, no qual consta CD, com arquivos com códigos integridade Hash SHA-1, contendo: planilha de entradas de mercadorias com ST na NFe; planilha de entradas totais de mercadorias mediante NFe; relatório analítico das administradoras de cartão de crédito e/ou débito por operação; relatório analítico das administradoras de cartão de crédito e/ou débito por operadora (fls. 96);

2. altera a razão social da Autuada no relatório Fiscal, passando a GCM Restaurante Ltda;

3. recalcula o valor do ICMS e a multa de revalidação exigidos, a fim de excluir da base de cálculo o percentual de entradas de mercadorias sobre o qual já havia sido cobrado o ICMS-ST, relativo aos anos de 2014 e 2015;

4. recalcula, ainda, o valor da multa isolada exigida, tomando como base de cálculo o total das saídas desacobertas de mercadorias, limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, o que, no presente caso, representa a soma das operações com ICMS e daquelas com ICMS-ST, aumentando o valor da multa devida, e conseqüentemente, o valor total do crédito tributário.

Em consequência, a Fiscalização intima a Autuada e o Coobrigado da emissão do Termo de Rerratificação do Lançamento, às fls. 104/107, estabelecendo o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da intimação, para pagamento ou aditamento à peça de impugnação.

Não havendo nova manifestação da Defesa, a Fiscalização comparece aos autos, às fls. 110/117, para refutar os argumentos remanescentes da Defesa e solicitar a manutenção do feito fiscal, observado o Termo de Rerratificação às fls. 84/103.

DECISÃO

Da Preliminar

Preliminarmente, requer a Autuada que seja tornado nulo o Auto de Infração, por entender ter ocorrido procedimento irregular da Fiscalização estadual mineiro ao deixar este de apresentar os relatórios analíticos das administradoras de cartão de crédito/débito, que atestariam os valores das vendas.

Como já mencionado, tal questionamento foi respondido por meio da inclusão, via Termo de Rerratificação, do Anexo IV, onde consta CD contendo, entre outros itens já descritos, o relatório analítico das administradoras de cartão de crédito e/ou débito por operação e, ainda, o relatório analítico das administradoras de cartão de crédito e/ou débito por operadora (fls. 96).

Tendo a Fiscalização intimado a Autuada e o Coobrigado da emissão do Termo de Rerratificação do Lançamento, às fls. 104/107, e estabelecido o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da intimação, para pagamento ou aditamento à peça de impugnação, restou saneado o procedimento fiscal e assegurado o direito de defesa da Impugnante.

Do Mérito

A presente peça fiscal trata de constatação de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, através da comparação entre o faturamento declarado pela Autuada à Fiscalização, no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório (PGDASN-D), no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, e na Declaração de Apuração e Informação do ICMS (DAPI), no período de janeiro de 2016 a março de 2017, em confronto com os valores constantes em extratos fornecidos pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, no período de janeiro de 2014 a março de 2017.

São exigidos, então, o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

Encontram-se previstas no art. 16, incisos VI, VII, IX e XIII da Lei nº 6.763/75 as seguintes obrigações atribuídas ao contribuinte:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada;

(...)

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

(...)

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

(...)

Já o art. 39, § 1º do mesmo diploma legal estipula que a movimentação de bens e mercadorias será obrigatoriamente acobertada por documento fiscal. Veja-se:

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As declarações prestadas pela Autuada no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório (PGDASN-D), no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, e na Declaração de Apuração e Informação do ICMS (DAPI), no período de janeiro de 2016 a março de 2017 (fls. 30/45), quando confrontadas com as informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito ou similares, constantes do CD de fls. 96, levam à comprovação de omissão de faturamento pelo Contribuinte, conduta esta ilícita, que decorre do ato de dar saída a mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

A Lei Complementar nº 123/06, em seu art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, estabelece a obrigação à empresa pelo recolhimento do ICMS devido na qualidade de contribuinte ou responsável, em decorrência de operação ou prestação desacoberta de documento fiscal, *in verbis*:

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 desacoberta de documento fiscal;

(...)

Em sua Defesa, a Impugnante afirma (às fls. 58) que os valores do crédito tributário apurados não levaram em conta a atividade da mesma, que é de bar e restaurante com comércio de bebidas e alimentos, além de locação de salão para festas e eventos. Contudo, este argumento não foi corroborado pela Defesa, na medida em que não foram oferecidos pelo Contribuinte elementos de prova a respeito.

Nota-se, ainda, que, em sua argumentação quanto ao valor a ser tributado, em momento algum a Impugnante se refere a eventual receita auferida com esta atividade de aluguel.

Nesta circunstância, cabe a aplicação da preclusão prevista no parágrafo único do art. 119 c/c inciso II do *caput*, do Decreto nº 44.747/08 - RPTA, *in verbis*:

Art. 119. Na impugnação será alegada, de uma só vez, a matéria relacionada com a situação fiscal de que decorreu o lançamento, inclusive a desconsideração de ato ou negócio jurídico, se

for o caso, ou o pedido de restituição, com a indicação precisa:

(...)

II- da matéria objeto da discordância, **inclusive quantidades e valores;**

(...)

Parágrafo único. Os documentos que constituam prova serão anexados à impugnação, inclusive os arquivos eletrônicos com certificado de integridade das informações, sob pena de preclusão. (Grifou-se).

Sendo assim, o referido argumento resta inerte, incapaz de alterar o crédito tributário exigido.

A Impugnante aduz, também às fls. 58, que parte do valor apurado na peça fiscal, correspondente a supostas vendas desacobertas de documentação fiscal, seria correspondente a vendas de mercadorias já tributadas por substituição tributária; e, portanto, inalcançáveis por nova tributação.

Traz, às fls. 58/60, planilhas contendo valores nas colunas denominadas “valor contábil”, “entradas tributadas” e “entradas sub. tributária”. Segundo a Impugnante, essas planilhas demonstram que, se houvesse a hipótese de tributação de vendas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, esta deveria incidir proporcionalmente apenas sobre o valor das entradas tributáveis pelo ICMS.

Já às fls. 60/61, a Impugnante apresenta quadros anuais (2014 a 2017), contendo as colunas “saídas desacobertas”, “saídas tributadas”, “saídas com sub. tributária” e “ICMS devido”.

Em relação a estas últimas planilhas, a Fiscalização adverte que a Impugnante teria cometido um equívoco ao chamar as saídas totais (desacobertas + acobertas com NF) de “saídas desacobertas”, já que parte do valor ali lançado corresponde às saídas para as quais a Autuada emitiu documento fiscal de saída.

Porém, a Fiscalização afirma que tal lapso não invalida o raciocínio utilizado pela Impugnante para o cálculo das porcentagens de saídas a serem tributadas.

Ressalva que, por não ter a Autuada apresentado todas as notas fiscais de entrada, foram consideradas pela Fiscalização, para elaboração do Anexo IV do Termo de Rerratificação (fls. 96) apenas as notas fiscais eletrônicas de entrada que se encontravam disponíveis nos sistemas da SEF/MG.

A partir dos dados destas notas fiscais, foram apuradas as reais porcentagens de mercadorias comercializadas pela Impugnante, que já haviam sido tributadas, ou não, na entrada por substituição tributária, aplicando-se nas saídas de mercadorias desacobertas as porcentagens entre saídas tributáveis e saídas de mercadorias já sujeitas à ST, e encontrada a base de cálculo a ser tributada.

Passo seguinte, a Fiscalização, por meio do Termo de Rerratificação, recalcula o valor do ICMS e a multa de revalidação exigidos, a fim de excluir da base de cálculo o percentual de entradas de mercadorias sobre o qual já havia sido cobrado o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS-ST, o que se confirma apenas para os anos de 2014 e 2015, conforme demonstrado às fls. 84/103.

Sobre a base de cálculo do valor das saídas desacobertadas de mercadorias, conforme apurado pela Fiscalização, foi aplicado o multiplicador de 8,4% (oito vírgula quatro por cento), nos termos do art. 43, inciso VI, c/c item 20, alínea “a”, da Parte 1 do Anexo IV, do RICMS/02, para cálculo do imposto devido.

A saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal ensejou a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

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, entrega-la, transportá-la, recebe-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:

(...)

O referido art. 55, em seu § 2º, com a redação dada pelo art. 56 da Lei nº 22.549/17, fixou novo limite para as multas previstas neste artigo em duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação. Veja-se:

Art. 55.

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

(...)

Analisando-se os cálculos apresentados às fls. 92/93, verifica-se a devida aplicação do limitador, porém, chegando a Fiscalização a um valor maior do que o valor original da multa isolada, na medida em que o inciso I do § 2º do art. 55 acima transcrito dispõe que a multa isolada deve estar limitada “a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação”. Ora, no presente caso, o limite a ser considerado como base de cálculo da multa isolada deve ser o valor que corresponda ao dobro do somatório do ICMS devido e do ICMS-ST, conforme cálculos realizados pela Fiscalização.

O resultado das alterações procedidas pela Fiscalização no crédito tributário correspondeu à redução do valor do ICMS e da Multa de Revalidação e, por outro lado, o aumento do valor da Multa Isolada exigida, o que gerou um incremento do valor total do crédito tributário exigido. Este resultado levou a Fiscalização (fls. 84) a reabrir o prazo da Impugnante para pagamento ou aditamento à impugnação, nos termos do art. 120, § 1º do Decreto nº 44.747/08 – RPTA, que assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 120. Recebida e autuada a impugnação com os documentos que a instruem, a repartição fazendária competente providenciará, conforme o caso:

I - a manifestação fiscal, no prazo de 15 (quinze) dias, e encaminhará o PTA ao Conselho de Contribuintes;

II - a reformulação do crédito tributário.

§ 1º **Caso o lançamento seja reformulado e resulte em aumento do valor do crédito tributário**, inclusão de nova fundamentação legal ou material ou alteração da sujeição passiva, **será aberto ao sujeito passivo o prazo de trinta dias para impugnação, aditamento da impugnação ou pagamento do crédito tributário com os mesmos percentuais de redução de multas aplicáveis nos 30 (trinta) dias após o recebimento do Auto de Infração.** (destacou-se).

Comprovada a irregularidade cometida e na falta de elementos que possam descaracterizar a imputação fiscal, corretas as penalidades aplicadas, ressalvada as correções já acima especificadas.

Quanto à inclusão do sócio-administrador José Candido Batista no Polo Passivo, na condição de Coobrigado, esta se mostra devida e juridicamente fundamentada. O sócio-administrador deve ser responsabilizado nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, a seguir transcritos:

Código Tributário Nacional:

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

(...)

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

Lei nº 6.763/75:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A responsabilização, no presente caso, decorre da gravidade da conduta delitiva de dar saída a mercadorias desacobertas de documento fiscal, em extenso período de janeiro de 2014 a março de 2017, e em volume bem superior às saídas acobertas por notas fiscais, como se verifica a partir de análise das planilhas às fls. 100/103, nas quais é possível comparar, ano a ano, os totais de operações e prestações declaradas na coluna “(-) Faturamento” com os totais das operações e prestações omitidas na coluna “(=) Vendas apuradas”.

Ora, este comportamento não seria possível sem o conhecimento e orientação de quem se encontra à frente do empreendimento, gerindo seus recursos e beneficiando-se dos resultados econômicos da ilicitude.

No que concerne à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, tal procedimento tem por base a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, 28, parágrafo único, e 29, incisos V e XI, §§ 1º, 3º, 5º e 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, e arts. 83, inciso II, e 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 6º, I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional – CGSN nº 140 de 22/05/18. A seguir, 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. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados 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.

(...)

§ 5º - A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

(...)

§ 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 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

(...)

II - das secretarias de fazenda, de tributação ou de finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

(...)

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d - ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106; e;

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais; ou

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado, a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83, inciso II, §§ 1º e 2º da Resolução CGSN nº 140/18, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente Federativo que a efetuar, observados o 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 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é:

(...)

II - das secretarias de fazenda, de tributação ou de finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

(...)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 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. 122.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, 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”.

Registre-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 22.078/16/1ª:

EMENTA

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU A 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”, §§ 3º E 6º, INCISO I DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

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

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA – EMPRESÁRIO – EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL – DECISÃO MOTIVADA – OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO – REGULARIDADE – ICMS – BASE DE CÁLCULO – COMPENSAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – INVIABILIDADE – MULTA ISOLADA – VALOR – REGULARIDADE – CARÁTER CONFISCATÓRIO – NÃO CONFIGURAÇÃO – ART. 85, § 11, DO CPC/2015 – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. – APRESENTANDO-SE A SENTENÇA NOS MOLDES DO ARTIGO 489 DO NCPC, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AO § 1º, INCISO IV, DO REFERIDO DISPOSITIVO, NECESSÁRIO CONCLUIR-SE PELA SUA REGULARIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR NA OCORRÊNCIA DE NULIDADE. – TENDO SIDO DEVIDAMENTE MOTIVADA A EXCLUSÃO DO AUTOR DO SIMPLES NACIONAL, COM A INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APLICÁVEIS E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, DEVE SER RECONHECIDA A REGULARIDADE DO ATO.

(...)

(TJMG – APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.169985-4/001, RELATOR(A): DES.(A) ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (JD CONVOCADO), 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/06/2017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 18/07/2017).

(...)

MÉRITO

PRIMEIRAMENTE ALEGA O APELANTE QUE SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ESTÁ EIVADA DE VÍCIO, POIS O LANÇAMENTO NÃO INDICA O MANDAMENTO CONTIDO NA LC 123/06 OU OUTRA LEGISLAÇÃO CORRELATA QUE DARIA SUPORTE AO ATO, RESTANDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

TODAVIA, O DOCUMENTO DE F. 125/126, TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, APONTA AS RAZÕES PELAS QUAIS FOI O CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DO REGIME ESPECIAL, EXPONDO QUE:

NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JULHO/2007 A FEVEREIRO/2010, REITERADAMENTE, PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, AS QUAIS PERFAZEM UM VALOR TOTAL DE R\$1.894.005,31 (UM MILHÃO, OITOCENTOS E NOVENTA E QUATRO MIL, CINCO REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS), CONFORME DEMONSTRADO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO Nº 01.000166535.46.

ALÉM DISSO, FORAM INDICADOS OS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA TAL EXCLUSÃO, SENDO EXPRESSAMENTE CITADAS AS LEGISLAÇÕES E OS ARTIGOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS.

TAL TERMO FOI DEVIDAMENTE RECEBIDO E ASSINADO PELO APELANTE, LHE SENDO ASSEGURADA A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. (...) (GRIFOU-SE).

Frise-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação do Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Entretanto, verifica-se que, no presente caso, o Termo de Exclusão de fls. 46/47, deverá produzir seus efeitos a partir de fevereiro de 2014, pois considera-se o citado mês o marco inicial de comprovação da prática reiterada de saídas desacobertadas de documentação fiscal, nos termos do art. 29, inciso V c/c § 9º, inciso I do citado artigo da LC nº 126/03, examine-se:

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;

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...) (grifou-se).

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, considerando o Termo de Rerratificação de fls. 84/103 dos autos. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerar seus efeitos somente a partir de 01/02/2014. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 31 de julho de 2019.

Alexandre Périssé de Abreu
Relator

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente