

Acórdão: 23.788/21/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.001448570-98  
Impugnação: 40.010149643-09  
Impugnante: New Time Comércio Serviços e Informática Ltda  
IE: 702950186.00-87  
Coobrigado: Mark Rosa  
CPF: 006.128.426-22  
Proc. S. Passivo: Paulo César da Silva Filho/Outro(s)  
Origem: DF/Uberlândia

**EMENTA**

**CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA** - Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

**MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO FISCAL FALSO/IDEOLOGICAMENTE FALSO.** Constatou-se saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, por meio de notas fiscais inidôneas, canceladas e adulteradas, conforme denúncia apresentada. Infração caracterizada nos termos do art. 149, incisos I, II e III do RICMS/02. Os argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para desconstituir, integralmente, o lançamento. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c §2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II adequada nos termos do inciso I, § 2º do art. 55 da mencionada lei.

**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.

**SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR.** Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

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

**RELATÓRIO**

A presente autuação decorre da apuração fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais hábil, nos meses de fevereiro, março, agosto e outubro de 2014.

Verificou-se que a Autuada utilizou documentos cancelados, adulterados e que não correspondiam a reais operações nas vendas de mercadorias, comprovadas por meio do confronto entre os documentos emitidos por ela e as declarações apresentadas em denúncia espontânea pela empresa destinatária, Auto Viação Marechal, à Fiscalização do Distrito Federal.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multas Isoladas previstas no art. 55, incisos XXXI e XXXVIII, adequadas nos termos do inciso I, § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75

Registra-se ademais que em virtude do cometimento reiterado de saídas desacobertadas, constatadas no lançamento, lavrou-se Termo de Exclusão da empresa do regime de tributação do Simples Nacional, conforme consta às fls. 14 dos autos.

Foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado, o sócio-gerente da empresa autuada, tendo em vista a constatação de saídas desacobertadas de documentação fiscal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 23/44, acompanhada dos documentos de fls. 45/105.

A Fiscalização junta os documentos de fls. 110/126 e intima os Autuados que não se manifestam.

O Fisco intima o Contribuinte e o Coobrigado a apresentarem os comprovantes do recebimento das operações de venda, os comprovantes dos lançamentos no livro Caixa, o retorno de mercadorias ao estabelecimento, a documentação que fundamentou a denúncia espontânea, os documentos que fundamentaram a alteração dos PGDAS e das DEFIS, (fls. 128/133).

A Impugnante manifesta-se aos argumentos de que, “devido à “pandemia oriunda da Covid-19” se vê impossibilitada de levantar e juntar os documentos solicitados dentro do prazo exíguo e requer a dilação do prazo (fls. 134/137).

A Fiscalização defere o pedido às fls. 138/140.

A Impugnante manifesta-se dizendo que não logrou êxito em localizar os documentos solicitados, mas que as mercadorias remetidas estavam sujeitas à substituição tributária e, por conta disso, o ICMS teria sido devidamente destacado e recolhido pelo fornecedor quando da entrada em território mineiro, e, ainda afirma que apresentou denúncia baseada no art. 210 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA 141/144).

A Fiscalização emite o Termo de Reformulação de fls. 159/160, com a exclusão das exigências relativas às alíquotas incompatíveis com a operação praticada pela Autuada e valores divergentes no detalhamento do crédito tributário.

Acosta aos autos os seguintes documentos:

- Relatório de Reformulação do PTA (fls. 161/164);
- Relatório Fiscal Reformulado (fls. 165/170);
- Cálculo ICMS, multa de revalidação, multa isolada (ajustada) por documento fiscal (fls. 171);
- ICMS, multa de revalidação, multa isolada (normal e ajustada) por período (fls. 172);
- Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 173);
- Auto de Infração – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 174);
- Mídia eletrônica – CD (fls. 175).

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 181/183, requerendo o acatamento das demais razões de impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 203/227, pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulação apresentada nos autos.

---

***DECISÃO***

**Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração**

Os Impugnantes arguem a nulidade do lançamento pela presença de irregularidades no procedimento de constituição e edificação do crédito tributário.

Alegam que os períodos lançados seriam incompatíveis com as irregularidades apontadas, bem como que os valores lançados a título de imposto e multas seriam enigmáticos.

Apontam ainda irregularidades entre os valores analíticos e totais lançados a título de multa isolada. Assim, pugna pela nulidade do lançamento, nos termos do art. 92 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA.

Entretanto, verifica-se que a Fiscalização promove a reformulação do lançamento e acata as seguintes alegações da Defesa:

- com relação aos períodos incompatíveis com as irregularidades apontadas e valores divergentes no detalhamento do crédito tributário, a Fiscalização reconheceu os equívocos no detalhamento e na exposição da constituição do crédito tributário, que dificultaram a compressão dos parâmetros que fundamentaram a base de cálculo da multa isolada. Tais erros foram motivados pela equivocada transposição de dados na constituição do Auto de Infração (datas de emissão e valores das operações), sendo devidamente corrigidos e apresentado novo detalhamento do crédito;

- com relação às alíquotas aplicáveis na operação praticada pelo Contribuinte, constatou-se que a mercadoria Nobreak Sin Double II USS10000TI115 BI 16BT DSP, NCM: 85044040 (presentes nos documentos de fls. 214 e 224 e 248), conforme art. 42, inciso I, item b. 33 do RICMS/02, possui alíquota interna de 12% (doze por cento). Assim foi retificada a alíquota aplicada nas operações envolvendo

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

essa mercadoria, visto que havia sido tributada pela alíquota de 18% (dezoito por cento).

As demais ocorrências e alíquotas foram mantidas como foram descritas no Auto de Infração, em que pese as alegações do Sujeito Passivo no sentido de: aplicação da alíquota interestadual nas operações, observação da ST na entrada das mercadorias e da não participação do sócio no esquema de sonegação.

Desse modo, constatadas e corrigidas as irregularidades acima apontadas, não há que se acatar a nulidade da autuação, como pretende o Impugnante.

Ressalte-se ainda que a reformulação do lançamento possui expressa previsão no art. 120 do RPTA, sendo observado, no caso em tela, o contraditório e a ampla defesa, intimando-se o Contribuinte a aditar ou impugnar o crédito reformulado.

Assim, o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

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

### **Do Mérito**

Conforme relatado, a presente autuação decorre da apuração fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais hábil, nos meses de fevereiro, março, agosto e outubro de 2014.

Verificou-se que a Autuada utilizou documentos cancelados, adulterados e que não correspondiam a reais operações nas vendas de mercadorias, comprovadas por meio do confronto entre os documentos emitidos por ela e as declarações apresentadas em denúncia espontânea pela empresa destinatária, Auto Viação Marechal, à Fiscalização do Distrito Federal.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II adequada nos termos do inciso I, § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75

Registra-se ademais que em virtude do cometimento reiterado de saídas desacobertas, constatadas no lançamento, lavrou-se termo de exclusão da empresa do regime de tributação do Simples Nacional, conforme consta às fls. 14 dos autos.

Foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado, o sócio-gerente da empresa autuada, tendo em vista a constatação de saídas desacobertas de documentação fiscal

Inicialmente, a Impugnante alega a decadência do direito de constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos em 12/02/14, 27/03/14, 05/08/14, 06/08/14, 03/11/14 e 03/12/14, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O mencionado § 4º do art. 150 do CTN disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo Sujeito Passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo que a referida autoridade, tomando conhecimento desse procedimento efetuado pelo Contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

No presente caso, em se tratando de exigência de ICMS decorrente de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, não houve a retenção nem o recolhimento do ICMS devido. Inexistindo o pagamento, não há que se falar em homologação do lançamento, e, sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional - CTN, que assim prescreve:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. (...) 2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (GRIFOU-SE) MAIS RECENTEMENTE, PRONUNCIOU-SE O STJ, NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EDCL NO RESP 1264479/SP, EM ACÓRDÃO DE RELATORIA DO MINISTRO GURGEL DE FARIA, PUBLICADO EM 10/08/16.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO,

EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO. 2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF. 3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Ademais, no caso dos autos, a irregularidade tratada é a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, constada em face da utilização de documentos adulterados, cancelados e que não correspondiam a real operação, conduta que tem como elemento subjetivo o dolo caracterizado pela omissão de receita no sentido de suprimir ou reduzir tributo, afastando, em todo caso, a aplicabilidade do art. 150, §4º do CTN.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2014 somente expirou em 31/12/19, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 24/12/19, conforme Aviso de Recebimento -AR de fls 17. Afasta-se, pois, a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário.

Quanto às exigências apontadas no Auto de Infração, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, decorrentes da utilização de documentos cancelados, adulterados e que não correspondiam a real operação nas vendas de mercadorias, comprovadas através do confronto entre os documentos emitidos pela Autuada e as declarações apresentadas em denúncia espontânea pela empresa destinatária.

A empresa destinatária acusou a Autuada de acobertar suas operações com a utilização de documentos inidôneos: adulterados, montados ou cancelados. A denunciante apresentou os documentos enviados pela Autuada para acobertar o ingresso das mercadorias em seu estabelecimento e a consulta no portal da nota fiscal eletrônica.

Posteriormente, após intimação do Fisco, comprovou, por meio de depósitos bancários, a aquisição de todas as mercadorias destinadas a ela pelo sujeito passivo principal, conforme os valores destacados nos documentos recebidos (regulares e inidôneos). Afirmou, também, não ter recebido as mercadorias acobertadas pela NF-es nºs: 214, 224 e 237, nas quais figurou como destinatária.

Assim, constatou-se que a Autuada se valeu de nota fiscal cancelada (NF nº 236), documentos montados (NF nºs: 245 e 248) para simular a regularidade de suas operações a fim de sonegar tributos.

A Autuada alega, em síntese:

a) que as notas fiscais foram regularmente emitidas e os tributos devidamente declarados e recolhidos;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) assevera estar de boa-fé, pois se utilizou de denúncia espontânea com vista à exclusão de suas responsabilidades quanto à emissão de documentos fiscais ideologicamente falsos;

c) a impossibilidade de responsabilização do sócio sem a comprovação da presença dos requisitos previstos no art. 135 do CTN;

d) aponta a existência de irregularidades no procedimento de constituição e na edificação do Crédito Tributário;

e) aduz a impossibilidade de exigência de ICMS sobre mercadorias sujeitas ao recolhimento de ICMS/ST na entrada pelo fornecedor, afirmando ter sido o ICMS/ST pago na aquisição da mercadoria;

f) registra a impossibilidade de exigência de ICMS fora do âmbito do regime diferenciado do Simples Nacional, mostrando-se a necessidade de observância do princípio da não-cumulatividade e da sistemática de Débito e Crédito;

g) entende que as multas aplicadas apresentam caráter confiscatório;

h) requer a nulidade do termo de exclusão do Simples Nacional.

Primeiramente, no que tange a alegação de que as Notas Fiscais n<sup>os</sup>: 214, 224 e 237 foram devidamente emitidas e declaradas nos livros, nos DEFIS e nos PGDAS, mas foram objeto da autuação apenas porque o destinatário prestou uma declaração alegando que tais notas não foram recebidas, a Fiscalização, em busca da verdade material, destacou que a Auto Viação Marechal LTDA foi intimada a atestar as compras de todas as aquisições de mercadorias oriundas da Autuada a partir de 2014.

O Fisco relata, ainda, que a denunciante provou por meio de comprovantes de transferência bancária para a conta corrente da Autuada a efetivação dos pagamentos nos valores exatos dos documentos fiscais regularmente emitidos e destinados ao seu estabelecimento pelo sujeito passivo e nos valores das NF-e inidôneas (canceladas e adulteradas a ela destinadas); excetuando-se as NF-e n<sup>os</sup>: 214, 224, e 237 nas quais foi informado não haver recebido tais mercadorias (fls. 175 – CD - Anexo II.4 e Anexo II.6).

Assim, intimou-se a Autuada a apresentar os documentos que fundamentaram a emissão destas notas fiscais e a escrituração de tais operações. Contudo, nenhum documento foi apresentado, apoiando-se a Autuada apenas em argumentos evasivos.

Assim, em que pesem terem sido as Notas Fiscais n<sup>os</sup>: 214 e 224 emitidas e escrituradas no livro Caixa pelo Sujeito Passivo, sem os documentos que comprovem a transmissão do numerário ao alienante, não há como avaliar a regularidade do registro de tais fatos contábeis, os quais não poderiam ter sido registrados sem tais documentos.

Nesse ponto, portanto, eximiu-se a Impugnante de comprovar a regularidade de seus registros mediante documentação própria, sendo seu dever de guarda, conforme art. 26, incisos I e II da Lei Complementar (LC) n<sup>o</sup> 123/06.

Já quanto a Nota Fiscal n<sup>o</sup> 237, de 06/08/14, apontou ainda a Fiscalização constar como natureza da operação “Demonstração de produtos”, não sendo registrada

no livro Caixa em 2014. Ante a ausência de comprovação do retorno da mercadoria, conforme determina a legislação tributária, a Autuada foi intimada a fazer prova da aquisição da mercadoria pela destinatária, o que também não foi feito.

Portanto não há como refutar a denúncia que apontou o não recebimento das NF-es nºs: 214 e 224. Já quanto a NF-e nº 237, conforme as informações presentes nos livros Caixa e Registro de Entrada da Autuada, não foi apontado o retorno da mercadoria ao estabelecimento e nem o registro de venda do produto.

Dessa forma, tais notas fiscais eletrônicas foram consideradas inidôneas, pois as mercadorias foram remetidas a destinos diversos aos que foram apresentados nos documentos fiscais.

Ademais, ainda como destaca a manifestação fiscal, no intuito de comprovar a regularidade de suas alegações, o Sujeito Passivo apresentou o livro Registro de Saídas de 02/14, 03/14, 08/14, 11/14 e 12/14 (fls. 64/69).

Constatou-se que tais documentos apresentam lançamentos completamente desconexos com a realidade de suas emissões. Assim, como constatou a Manifestação Fiscal de fls. 209:

“Por exemplo, a Nf-e 245 que tem como destinatário Paisagens Ambiental LTDA, de MG, no valor de R\$ 665,00 (fl.110), aparece no registro de saídas com valor de R\$ 48.960,00, destino Distrito Federal, data de emissão 03/11/2014. A Nf-e 248, emitida em 15/01/2015, que tem como destinatário Cortex Industrial Systems LTDA, de SP, no valor de R\$ 1.600,00 (fl.111), aparece no registro de saídas com valor de R\$ 49.500,00, destino Distrito Federal, data de emissão 03/12/2014. A nota fiscal 236, cancelada (fls. 112), também aparece neste registro de saída da forma mais adequada as argumentações da denunciada. Assim percebe-se que não é digna de fé a escrituração informada pela autuada em sua impugnação, se esta não for amparada por documentação própria que comprove os fatos contábeis por ela informados.” (Grifou-se).

Por sua vez, foram comprovados os fatos relatados pela Impugnante, por documentação própria e todas as requisições do Fisco foram prontamente atendidas. Assim não há como refutar a denúncia que apontou o não recebimento das NF-e nºs: 214 e 224. Já a NF-e nº 237, conforme as informações presentes nos livros Caixa e Registro de Entrada da Autuada, não foi apontado o retorno da mercadoria ao estabelecimento e nem o registro de venda do produto.

Concluiu ainda o Fisco, em sua manifestação fiscal, que as NF-es nºs: 214, 224, 237 foram consideradas inidôneas, pois não correspondiam a real operação:

- por haver uma declaração da Auto Viação Marechal LTDA informando não ter recebido tais documentos;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- por não ter sido apresentado ao Fisco, após intimação, documentos que comprovassem a compra das mercadorias pela destinatária;
- por não haver comprovado por meio de documentação própria os lançamentos feitos no livro Caixa relativos a tais notas fiscais;
- por não ter comprovado o retorno ao estabelecimento da NF-e nº: 237 ou a aquisição da mesma pela Denunciante;
- por ter apontado como origem das mercadorias constantes das NF-es nºs: 214 e 224 operações em cujas notas apresentavam operação de venda a ordem que exige requisitos que são incompatíveis com estas notas;
- por ter forjado registros de saída escriturando documentos inidôneos no lugar de documentos emitidos como forma de ocultar a real operação se eximindo de recolher os impostos na justa medida.

Dessa forma, correta a conclusão fiscal no sentido de que tais notas fiscais eletrônicas foram consideradas inidôneas, pois as mercadorias foram remetidas a destinos diversos aos que foram apresentados nos documentos fiscais.

A Impugnante alegou, ainda, estar de boa-fé, pois se utilizou de denúncia espontânea com vista à exclusão de suas responsabilidades quanto à emissão de documentos fiscais ideologicamente falsos, especialmente quanto às Notas Fiscais nºs: 236, 245 e 248.

Assim, foi requerido da Impugnante a apresentação dos documentos que fundamentaram a denúncia espontânea nos moldes dos arts. 207 a 211 ambos do RPTA. Em resposta, a Autuada alegou que a situação se insere nas hipóteses dos incisos I e II do art. 210 do RPTA, e que, por conta disso, não formalizou qualquer documento de autodenúncia e, conseqüentemente, também não efetuou a comunicação da denúncia espontânea.

A Impugnante apoiou sua pretensa denúncia espontânea no livro Registro de Saída apresentado em sua impugnação, nas notas fiscais inidôneas e nas canceladas remetidas à denunciante e na alteração de suas PGDAS e DEFIS e no conseqüente parcelamento do imposto gerado pela irregular alteração destes documentos.

Entretanto, o art. 210 do RPTA apenas dispensa a comunicação, para efeitos de denúncia espontânea, da escrituração intempestiva de nota fiscal nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, se esta ocorrer dentro do período de apuração do imposto, e sem finalidade de burlar o Fisco.

Verifica-se, portanto, que tal entendimento é inaplicável ao caso em análise, considerando que o referido procedimento teria ocorrido em abril de 2019, anos após o período de apuração, não se dispensando a imprescindível comunicação à Repartição Fazendária, nos termos dos arts 207 a 211, todos do RPTA.

Além da referida comunicação, é certo que, se o Contribuinte houvesse feito denúncia espontânea da forma regular, haveria o cálculo e pagamento de impostos relativos as operações realizadas fora da abrangência do regime de tributação do Simples Nacional, conforme o art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar

(LC) nº 123/06, já que se trata de mercadorias comercializadas sem a emissão de documento fiscal próprio no momento de sua saída.

A Impugnante ainda questiona a impossibilidade de exigência de ICMS sobre mercadorias sujeitas ao recolhimento de ICMS/ST, já que o imposto teria sido recolhido na aquisição da mercadoria.

Contudo, da análise dos documentos carreados aos autos, não se constata a comprovação dos referidos recolhimentos. Nesse sentido, esclarecedoras as explicações trazidas na Manifestação Fiscal (fls. 214/218):

No caso das NF-e 214 e 224, o sujeito passivo foi intimado pelo fisco a apresentar documentação que atestassem o recebimento dos valores referentes as vendas à empresa denunciante. Tal informação não foi apresentada, no lugar desta, a autuada alegou regularidade, pois o ICMS/ST foi recolhido na entrada das mercadorias por meio das notas fiscais 043821 e 050795, emitidas pela empresa GL Eletro-Eletrônicos LTDA (fls. 73 e 74 do PTA).

As notas fiscais emitidas pela GL Eletro-Eletrônicos LTDA referem-se a operações de venda à ordem, as quais são reguladas pelo artigo 304 do anexo IX do RICMS. Tal dispositivo legal estabelece requisitos obrigatórios para os documentos fiscais envolvidos nesta operação, para que haja vinculação das diversas etapas contidas na venda à ordem. As notas fiscais 214 e 224 emitidas pela New Time Comércio Serviços e Informática LTDA, por não possuírem tais requisitos, não podem ser vinculadas aos documentos emitidos pela GL Eletro-Eletrônicos LTDA, conforme determina o RICMS/MG no art. 304 do anexo IX.

No caso da NF-e: 237 da autuada, que contém as mercadorias: POSITIVO MASTER D360(ROHS), MOU POSITIVO USB 3BT SCR SM 6620 PR FOOSC e TCL USB ABNT2 PR SK6620 POSITIVO. Tais mercadorias cuja entrada foi acobertada pelas notas fiscais da Positivo Informática S. A, que apresentaram valor destacado do ICMS-ST igual a zero.

O Art. 12, § 12. 6763/75 autoriza a redução da carga tributária para até 7% nas operações internas com produtos da indústria de informática e automação, observados os prazos, a forma, a relação das mercadorias alcançadas, as condições e a disciplina de controle estabelecidos em regulamento.

O Item 44 do anexo IV do RICMS/MG estabelece as condições para que as empresas possam usufruir do benefício da redução da base de cálculo para produtos da indústria de informática e de automação relacionados na Parte 9 deste anexo e fabricados por

estabelecimento industrial que atenda às disposições do art. 4º da Lei Federal nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. O item 44.1 determina que para os efeitos do disposto neste item, o estabelecimento fornecedor constará das notas fiscais relativas à comercialização da mercadoria: tratando-se da indústria fabricante do produto, o número do ato pelo qual foi concedida a isenção ou redução do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI -, conforme o caso.

Conforme Item 44.3, no caso da aplicação da redução da base de cálculo que resultaria em uma alíquota efetiva de 7%, o mesmo tratamento deveria ser aplicado a base de cálculo relativa à operação própria, limitando esta ao mesmo percentual. Na folha 163 deste PTA foi apresentado o cálculo comprovando que não foi aplicada a limitação do percentual incidente sobre a operação própria.

Assim, se fosse seguida a determinação do Item 44.3 do anexo IV, aplicando-se ao crédito da operação própria redução proporcional à aplicada pelo benefício concedido, o cálculo apresentaria valor a ser recolhido de ICMS/ST sobre a comercialização destes produtos. Desta forma constata-se que há ICMS/ST sobre a operação que não foi retido ou recolhido na entrada do território mineiro.

Tal dispositivo ratifica o preceito que se encontra no § 1º, art. 70, Parte Geral do RICMS/02 e o artigo 222, XV do mesmo Decreto Estadual: (...)

Assim não foi possível a impugnante comprovar por meio de suas notas de entrada que houve o pagamento do ICMS devido na operação. Tal imposto deveria ser recolhido antecipadamente, se regularmente apurado, em uma etapa anterior a operação analisada. Com não houve o recolhimento regular do imposto pelos fornecedores da autuada, cabe New Time Comércio Serviços e Informática LTDA o pagamento do ICMS/ST, vide art. 15 do Anexo XV do RICMS/MG.”

Ademais, constatou-se a impossibilidade de verificação do recolhimento dos tributos por substituição tributária na entrada, visto que a Autuada se utilizou de documentos adulterados, cancelados e montados, não sendo hábeis a estabelecer o vínculo entre as entradas e saídas com fim de acompanhar o trânsito dos bens, estabelecendo a real origem e destino de tais mercadorias e a tributação aplicável à operação, estando esta documentação fora da escrita regular da empresa.

Assim, nos termos do art. 39 § 4º da Lei nº 6.763/75 e o art. 135 do RICMS/02, tais documentos apenas fazem prova a favor do Fisco.

Especificamente quanto à forma de cálculo do imposto, pela aplicação da alíquota interna e não a interestadual, também objeto de questionamento pela

Impugnante, a manifestação fiscal deixou claro que, quanto à operação de venda dos produtos realizada entre a New Time Comércio Serviços e Informática Ltda e a Auto Viação Marechal Ltda, verificou-se a comprovação da origem e do destino das mercadorias que contaram com a participação do documento cancelado (nº: 236) e dos documentos montados (nº: 245 e 248), pelos recibos e comprovantes de transferência bancária.

Contudo, ainda que se trate de venda interestadual, foi aplicada a alíquota interna, pois a empresa destinatária da mercadoria seria não contribuinte do ICMS, sendo apenas contribuinte do ISS, conforme informação prestada pelo Distrito Federal (Anexo VII – 1). Assim, correta a exigência.

A impugnação também questionou a exigência de ICMS fora do âmbito do regime diferenciado do Simples Nacional, com a necessidade de observância do princípio da não-cumulatividade e da sistemática de Débito e Crédito.

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.

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra: I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

(...)

O fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

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

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferidas sobre o tema: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

No caso em tela, pelos pontos já supra expostos, resta configurado que tais operações estão fora da abrangência do regime do Simples Nacional, conforme o art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “f” da lei complementar nº 123/06, pois constatou-se que tais operações ocorreram desacobertadas de documento fiscal, conforme art. 149, inciso I do RICMS/02:

Art. 149. Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

I - com documento fiscal falso ou ideologicamente falso;

(...)

Diante das acusações fiscais, caberia à Impugnante apresentar os comprovantes de pagamento na venda de tais operações, comprovantes de recolhimento de ICMS/ST e outras provas robustas da veracidade de suas alegações, o que não ocorreu no caso em tela, restando assim configurada a referida saída desacobertada.

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Defesa, que aduz não haver amparo legal para coexistência das duas penalidades exigidas de maneira cumulativa.

Com efeito, a multa prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS, a título de substituição tributária, efetuado pela Autuada. Já a multa capitulada no art. 55 da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

Assim, reiterando, a ausência de recolhimento integral da obrigação principal sujeita o contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75, e, existindo ação fiscal, a pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55 da mencionada lei.

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

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação.

No que tange ao pedido de exclusão da responsabilidade tributária do sócio-administrador, não há como se afastar a responsabilidade na forma do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN.

O Impugnante não nega ser o sócio-administrador da empresa, mas apenas afirma que o simples fato de ser sócio não é capaz de imputar-lhe responsabilidade, bem como afirma que não sabia da existência de qualquer irregularidade, apesar dos poderes de gestão.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, a eleição do sócio-administrador para o polo passivo da obrigação tributária encontra expressa previsão nos termos do disposto nos arts. 135, inciso III, do CTN e 21, §2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

### CTN

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:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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.

(...)

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, mas sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ para a responsabilização solidária dos sócios.

Induidoso, no caso, que o Coobrigado tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as irregularidades constatadas caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a inclusão dele para o polo passivo da obrigação tributária.

Nesse sentido, ressalta-se as conclusões fiscais (fls. 212/213):

A empresa alega que houve equívocos, que usou de boa-fé dando a entender que o seu comportamento não foi baseado em dolo, fraude ou simulação. Mas como é

possível explicar a fabricação de um documento montado pela chave de uma NF-e adicionada ao Número de outra com o fim de produzir um documento que será adquirido por outra empresa em um valor completamente diferente do real. Ou a utilização de um documento cancelado para acobertar operação de venda, que não foi lançado no livro caixa nem no PGDAS original e sendo este documento o único que iria a compor o faturamento mensal da empresa neste período. Também não se pode deixar de considerar a atuação do SR. Mark Rosa, sócio da New Time Comércio Serviços e Informática LTDA, que aparece em diversos carimbos apostos nas notas fiscais remetidas a denunciante apontado como gerente de T.I. da Auto Viação Marechal Brasília - DF, assinando o recebimento de diversos documentos neste período.

Diante disso, destaca-se ainda o teor da Portaria SRE nº 148, de 16 de outubro de 2015, que estabelece as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado, sendo expresso quanto à inclusão nos casos de autuação embasada em saídas desacobertadas de documentação fiscal.

A Impugnante ainda pugna pela nulidade do termo de exclusão do Simples Nacional, alegando que agiu de boa-fé, regularizando seus débitos, pugnando pela sua nulidade ou, ainda, para a redução do prazo consignado para três anos.

A exclusão do Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional - nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06, decorreu da comprovação da prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias).

O Contribuinte alega, inicialmente, que antes da ação fiscal apresentou Autodenúncia e regularizou seus débitos.

No entanto, como já relatado, verifica-se que a mesma não foi concretizada e, portanto, não surtiu seus efeitos, uma vez que foi apresentada sem o comprovante do recolhimento do tributo e sem as formalidades para a efetivação do parcelamento, conforme os ditames dos arts. 207 e 208 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Ademais, mesmo se assim não fosse, a teor do que dispõe a legislação de regência do regime do Simples Nacional, o fato de o Contribuinte ter requerido o parcelamento do crédito tributário não afasta a infração cometida que deu ensejo à perda do benefício, bem como não o autoriza que permaneça no regime de tributação simplificado.

A fundamentação para a exclusão do Contribuinte do Simples Nacional é exatamente a mesma na qual se baseou a lavratura do citado Auto de Infração, qual

seja, a ocorrência reiterada de infração à legislação tributária em razão de saída de mercadorias desacobertadas.

A propósito da matéria, assim dispõe a Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

Das Obrigações Fiscais Acessórias

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;

(...).

Da Exclusão do Simples Nacional

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 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.

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

### Lei Complementar nº 123/06

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

### Resolução CGSN nº 94/11

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

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. (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. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 4º Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º.

§ 7º Ainda que a ME ou EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos tributários junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso V do caput e no § 1º, ambos do art. 76.

Dessa forma, a legislação determina a exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06 quando restar comprovada, entre outras, a prática reiterada da infração de saídas de mercadorias descobertas de documentos fiscais, conforme estabelece o art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11, *in verbis*:

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 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

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, 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;

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

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

(...).

Portanto, correta a exclusão de ofício da Impugnante do Simples Nacional na medida em que restou comprovada a prática reiterada da infração consistente na saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Ressalte-se ainda que a extensão do prazo de exclusão do contribuinte de 3 (três) para 10 (dez) anos se justificou com base no disposto no art. 29, §2º da LC nº 123/06, na medida em que restou constatada a utilização de artifício arдил ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a Fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar. Premissa esta que não restou afastada nos autos pela Impugnante.

Assim, não há que se falar em redução do período de exclusão para o previsto no §1º do art. 29 da LC nº 123/06.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 159/175. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Heldo Luiz Costa (Revisor) e Luciene Aparecida Silva Franco.

**Sala das Sessões, 22 de junho de 2021.**

**Nayara Atayde Gonçalves Machado**  
**Relatora**

**Alexandre Périssé de Abreu**  
**Presidente**

CS/D