

Acórdão: 22.981/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001947897-20
Impugnação: 40.010152391-01, 40.010152402-58 (Coob.)
Impugnante: Calil Comércio de Confecções Ltda
IE: 002187363.00-50
Waneide Calil Nicoliello (Coob.)
CPF: 533.224.606-49
Proc. S. Passivo: Lucas Marques Bittencourt Dutra
Origem: DF/Teófilo Otoni

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - NÃO COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. O art. 135, inciso III do CTN atribui responsabilidade solidária a sócio-gerente de pessoa jurídica pelos atos praticados com infração de lei. Todavia, para que haja esta responsabilização, é necessário que o sócio seja administrador de fato ou de direito da sociedade. Na ausência de comprovação do poder de gerência do sócio, exclui-se o Coobrigado Bruno Calil Nicoliello Moreira, do polo passivo da obrigação tributária.

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 - CONCLUSÃO FISCAL. Constatado, por meio de conclusão fiscal, procedimento previsto no art. 194, inciso V do RICMS/02, que a Autuada deu saída a mercadorias sem o devido acobertamento fiscal. Procedimento fiscal levado a efeito ante a comprovada falta de registro de notas fiscais de entrada no livro próprio. Reformulação do lançamento efetuada pela Fiscalização. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, adequada nos termos do § 2º, inciso I da mesma lei.

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 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18, de 22/05/18. Entretanto deverão ser considerados os efeitos do Termo de Exclusão a partir de dezembro de 2017, nos termos do art. 29, inciso V c/c § 9º, inciso I do citado artigo da Lei Complementar nº 123/06.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante cotejo entre estoque escritural e estoque real, nos termos do art. 194, inciso V do RICMS/02, no período de 01/01/16 a 31/12/19.

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

Em razão da realização, de modo reiterado, de saídas de mercadorias sem o devido acobertamento documental, propõe-se, ainda, a exclusão da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional a partir de 01 de janeiro de 2016.

Registra-se, ademais, que foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigados, os sócios da empresa autuada, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 56/81, com os argumentos infra elencados:

- requer a exclusão, do polo passivo da obrigação tributária, do sócio Bruno Calil Nicolliello Moreira por nunca ter praticado a função de sócio-administrador na sociedade e por ter se retirado da sociedade em 2019 e da sócia Waneide Calil Nicolliello por entender que o fato de ser sócia-administradora não é suficiente para imputar-lhe a responsabilidade solidaria pelo crédito tributário;

- salienta, ainda, que a responsabilização dos sócios-gerentes somente deve ser cabível quando comprovada cabalmente as hipóteses do art. 135 do Código Tributário Nacional -CTN, não podendo-se presumir o dolo do gestor da sociedade;

- ressalta que as únicas provas que permitiram responsabilização da sócia-administradora são notas fiscais emitidas por terceiros, tendo como destinatário a empresa autuada, presumindo-se que houve saídas de mercadorias desacobertas de nota fiscal;

- assevera que o método utilizado (conclusão fiscal), apesar de ser legalmente previsto, não foi realizado de maneira idônea e correta uma vez que não foi realizada qualquer outra diligência para averiguação dos indícios encontrados, como por exemplo, verificação de estoque *in loco*, ou até mesmo, verificação de notas fiscais devolvidas/canceladas, extravio de mercadorias;

- o arbitramento de valores realizado pela autoridade lançadora não observou as disposições expressas pelo art. 148 CTN;

- sustenta que foram utilizados valores exorbitantes e irreais para a averiguação das compras/estoque realizado pela Autuada e com relação à margem de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lucro média, já que se utilizou aquela obtida do levantamento estatístico realizado de acordo com o CNAE, faturamento, CMV e lucro bruto dos contribuintes do setor;

- informa que o Contribuinte está apresentando informações idôneas, por intermédio de documentação hábil (notas fiscais e de entrada e saída), para aferição da margem de lucro média das operações, a qual deverá ser utilizada em detrimento da presunção feita;

- aponta que em virtude de erros de contabilização e devoluções ocorridas com aposição de declaração no verso da nota fiscal, não devem ser consideradas todas as notas fiscais de entrada tendo como destinatário a Impugnante, apresentando algumas destas notas fiscais;

- registra que por ser a Autuada microempresa optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, deverá ser utilizado na base de cálculo do crédito tributário a alíquota aplicada aos contribuintes optantes do Simples Nacional;

- entende que se faz necessário a juntada de novos documentos e a realização de prova pericial, submetendo de antemão os quesitos aos quais deveria atender tal perícia;

- entende que as multas aplicadas não poderiam ser exigidas, pois possuem, claramente, efeito confiscatório, extrapolando os limites constitucionais, ferindo notadamente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Pede a procedência da Impugnação.

Igualmente inconformada a Coobrigada Waneide Calil Nicoliello, apresenta tempestivamente, Impugnação às págs. 322/347.

Também inconformado o Coobrigado Bruno Calil Nicoliello Moreira apresenta tempestivamente, Impugnação às págs. 447/472.

Acatando parcialmente as razões da Defesa, a Fiscalização emite o Termo de Reformulação de Lançamento de págs. 496/497, dispondo que:

“Após análise dos argumentos e documentos apresentados pelo Impugnante, a Fiscalização entendeu que assiste razão ao Impugnante em relação às seguintes alegações:

1 – Exclusão do sócio Bruno Calil Nicoliello Moreira, CPF 114.579.736-93 da sujeição passiva por tratar-se de sócio capitalista;

2 – Utilizar a Margem de Lucro calculada utilizando dados informados pelo contribuinte no PGDAS e na DEFIS (MARGEM DE LUCRO = RECEITA BRUTA /CMV) ao invés da Margem do Setor;

3 – Exclusão das Notas Fiscais que foram devolvidas com emissão de NF de entrada preenchida corretamente de modo que permita a identificação da NF devolvida (DANFE's anexos). (Grifou-se)

Portanto, além da exclusão do Coobrigado Bruno Calil Nicoliello Moreira, foi emitido o Termo de Reformulação do Lançamento para exclusão das notas fiscais devolvidas e utilização da Margem de Lucro calculada com as informações do contribuinte.

Aberta vista, a Autuada e a Coobrigada Waneide Calil Nicoliello, apresentam aditamento à Impugnação às págs.512/534, ratificando os argumentos já suscitados, reiterando questionamentos alusivos ao Termo de Exclusão e pugnando pela produção de prova pericial

A Fiscalização manifesta-se às págs. 536/548 pugnando pela manutenção das exigências com as adequações promovidas pelo Termo de Reformulação.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto formula os quesitos de págs. 82, 348, 473 e 535

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

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

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

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA

NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

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

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

Por derradeiro, cumpre ainda observar que as questões afetas à pretensa prova pericial se vinculavam direta e objetivamente a aspectos objetivos e matemáticos do lançamento que poderiam perfeitamente terem sido claramente demonstrados (caso fosse necessário) pela própria Impugnante.

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante cotejo entre estoque escritural e estoque real, nos termos do art. 194, inciso V do RICMS/02, no período de 01/01/16 a 31/12/19.

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

Em razão da realização, de modo reiterado, de saídas de mercadorias sem o devido acobertamento documental, propõe-se, ainda, a exclusão da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional a partir de 01 de janeiro de 2016.

Registra-se ademais que foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigados, os sócios da empresa autuada, nos termos do art. 135,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inciso III do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Cumprе ressaltar que o sócio Bruno Calil Nicoliello Moreira foi excluído do polo passivo da obrigação tributário pela Fiscalização, conforme Termo de Reformulação do Lançamento às fls. 496/497.

Por meio do procedimento de Conclusão Fiscal, a Fiscalização detectou que a Impugnante promoveu saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, nos exercícios de 2016, 2017, 2018 e 2019, conforme demonstrado nas planilhas anexadas ao Auto de Infração.

Deve ser observado que a conclusão Fiscal é procedimento fiscal idôneo para a apuração das operações realizadas pelo sujeito passivo, estando contemplada entre as técnicas de fiscalização previstas no art. 194 do RICMS/02. Constitui técnica fiscal simples que serve de apuração de irregularidades praticadas por contribuintes baseada nos valores totais de estoques, entradas e saídas.

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

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

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

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;

(...)

Já o procedimento de arbitramento tem respaldo no art. 53, inciso III do RICMS/02:

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

(...)

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

(...)

Conforme asseverado pela Fiscalização “as conclusões fiscais dos exercícios fiscalizados, demonstram a apuração, em cada exercício, do Custo das Mercadorias Vendidas (CMV) mediante a fórmula matemática $CMV = EI$ (estoque inicial) + ET (entradas tributadas) – EI (estoque final)”.

Para apuração da saída real estimada, foram aplicadas as margens de lucro obtidas com as informações apresentadas pelo próprio Contribuinte para os exercícios

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de 2016, 2017, 2018 e 2019, respectivamente, 151,77% (cento e cinquenta e um inteiros e setenta e sete centésimos por cento), 142,80% (cento e quarenta e dois inteiros e oitenta centésimos por cento), 178,88% (cento e setenta e oito inteiros e oitenta e oito centésimos por cento) e 182,50% (cento e oitenta e dois inteiros e cinquenta centésimos por cento) obtidos por meio da fórmula.

Após o abatimento das saídas declaradas pelo Contribuinte no PGDAS (item 3 do Termo de Reformulação), a Fiscalização apurou diferença (saídas desacobertadas de documentos fiscais), sobre as quais se exige o ICMS, acrescido da correspondente multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no art. 55 inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75.

De fato, os valores utilizados nos cálculos foram extraídos das notas fiscais de entradas (emitidas por terceiros), da DEFIS e PGDAS, documentos com declarações do Contribuinte.

Dessa forma, a alegação de que o trabalho fiscal estaria incorreto não merece prosperar à míngua de qualquer demonstração minimamente razoável apta a demonstrar eventual impropriedade ou irregularidade nos montantes relacionados.

Procedida a verificação, apurou-se que as saídas reais estimadas foram superiores às saídas declaradas no PGDAS, levando à presunção de que a diferença decorreu de saídas desacobertadas.

Por óbvio, em se tratando de presunção seria possível aos Impugnantes infirmar as conclusões dela decorrentes, contudo, não foi produzida prova, ainda que meramente indiciária, que pudesse afastar as conclusões promovidas pela Fiscalização.

Cumprido destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, mas pela constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Ressalta-se que o crédito tributário foi reformulado pela Fiscalização, conforme Termo de Reformulação do Lançamento às fls. 496/497, dando razão à Impugnante nos seguintes aspectos, além da já citada exclusão do sócio Bruno:

- Utilizar a Margem de Lucro calculada utilizando dados informados pelo contribuinte no PGDAS e na DEFIS (MARGEM DE LUCRO = RECEITA BRUTA /CMV) ao invés da Margem do Setor;
- Exclusão das Notas Fiscais que foram devolvidas com emissão de NF de entrada preenchida corretamente de modo que permita a identificação da NF devolvida (DANFE's anexos).

Quanto à sócia Waneide Calil Nicoliello, considerando que de fato era ela administradora da empresa no período dos fatos geradores, correta sua eleição como responsável pelo crédito tributário.

Analisando-se a infração imputada à Autuada no lançamento em questão, conclui-se, sem muito esforço, que houve fraude contra a Fazenda Pública Estadual

visando à supressão ou redução do ICMS devido. E sua sócia manteve-se à frente das atividades por todo o período objeto das exigências fiscais.

O art. 121, parágrafo único, inciso II do CTN prevê que o responsável tributário é sujeito passivo da obrigação principal, cuja obrigação decorre de disposição expressa da lei, sem que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador. E, o art. 124, inciso II do CTN, prescreve que "*são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei*". Essa norma possibilita que o ente tributante gradue a responsabilidade dos envolvidos.

Cumprido salientar que a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva indireta, é forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

O sócio-administrador responde pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

§ 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:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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.

A gestão e/ou administração dos sócios com infração à lei tributária surge concomitantemente à obrigação tributária.

O art. 135, incisos II e III do CTN tem o mesmo alcance do § 2º supra descrito e é aplicável a empresas quer estejam ou não em atividade.

Infere-se do art. 135 do CTN que são pessoalmente responsáveis pela obrigação tributária decorrente de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, o mandatário, o preposto, o administrador, o sócio gerente, o gerente ou representante de pessoa jurídica de direito privado.

Não se trata, portanto, de responsabilização pelo mero inadimplemento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Passando a apreciar as questões atinentes ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, afirma a Impugnante que não promoveu qualquer saída desacobertada de documentação fiscal

Fato não confirmado durante a fase de dilação probatória. Após a análise dos estoques da Impugnante constatou-se a ocorrência da infração, não tendo esta logrado êxito em desconstituir as premissas validadas pela auditoria fiscal.

A fundamentação para a exclusão do Contribuinte do Simples Nacional é 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardid 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 e art. 83 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 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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)

§ 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.

PARA FATOS GERADORES OCORRIDOS APÓS 1º/08/18

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)

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)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

§ 3º Na hipótese de a ME ou a EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Se não houver, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, condicionados os efeitos dessa exclusão a esse registro, observado o disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, condicionados os efeitos dessa exclusão à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 7º Ainda que a ME ou a EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se tiver débitos perante a Fazenda Pública Municipal, ausência de inscrição ou irregularidade no cadastro fiscal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional por esses motivos, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1º, todos do art. 84. (Lei Complementar nº 123, art. 29, §§ 3º e 5º; art. 33, § 4º)

§ 8º Ainda que a ME ou a EPP não tenha estabelecimento em sua circunscrição o Estado poderá excluí-la do Simples Nacional se ela estiver em débito perante a Fazenda Pública

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estadual ou se não tiver inscrita no cadastro fiscal, quando exigível, ou se o cadastro estiver em situação irregular, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1º, todos do art. 84. (Lei Complementar nº 123, art. 29, §§ 3º e 5º; art. 33, § 4º)

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 desacobertadas de documentos fiscais.

Entretanto, prescreve o art. 29 § 9º da LC nº 123/06:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 29

§ 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

(...)

Portanto, considerando que a segunda infração ocorreu somente em dezembro de 2017, devem ser acertados os seus efeitos.

Relativamente às multas aplicadas, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS 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.

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 -

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense 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*:

Lei nº 6.763/75

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;

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 496/497. Em seguida, ainda à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa ao Termo de exclusão do Simples Nacional para considerar seus efeitos a partir de 31/12/17. Participaram do julgamento, além do signatário, as Conselheiras Cindy Andrade Moraes (Revisora), Gislane da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 29 de setembro de 2021.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Relator

CS/D

CC/IMG