

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.489/23/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002348399-27
Impugnação: 40.010154216-78, 40.010154221-78 (Coob.), 40.010154220-97 (Coob.)
Impugnante: Nacari & Dias Ltda
IE: 734076564.00-70
Izabel Cristina Nacari Dias (Coob.)
CPF: 329.803.706-06
Manoel Dias Neto (Coob.)
CPF: 155.155.674-04
Proc. S. Passivo: Lucas Elias Temer
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Os sócios-administradores respondem 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. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

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, de 22/05/18.

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

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre saídas desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2018, 2019 e 2021, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID, nos termos do art. 194, inciso V do RICMS/02.

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

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão do Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da CGSN nº 140 de 22/05/18.

Registra-se ademais, que foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigados, os sócios administradores 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.

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às págs. 192/210 e págs. 211/248, respectivamente, com os argumentos a seguir elencados, em síntese:

- arguem a nulidade formal do Auto de Infração, sob o argumento de que a apuração realizada pela Fiscalização é contrária à regra matriz de incidência do ICMS;

- destacam que, no caso em tela, a apuração e constituição do crédito tributário do ICMS por saída sem emissão de documento fiscal deveria ter sido realizada por período de apuração mensal, pois, o contribuinte não faz uma venda só ao ano e/ou não faz vendas só no último período do ano;

- acrescentam que se permanecer o lançamento como se encontra, haveria uma verdadeira ilegalidade fiscal e contábil, o que causa prejuízos ao contribuinte, bem como, também ao Fisco;

- suscitam, nesse contexto, a nulidade do Auto de Infração por contrariar o disposto no art. 89, incisos IV, V e VI do Decreto nº 44.747/08, culminando em ofensa ao princípio da legalidade;

- salientam que, assim como a maioria dos micro e pequenos empresários do Brasil, não possui estrito controle de seu estoque;

- ressaltam que o seu contabilista à época do período fiscalizado não a orientava corretamente sobre o assunto e informava valores de estoques nas obrigações acessórias sem lhe consultar o contribuinte;

- apontam, nesse sentido, que os valores informados nas DEFISs utilizadas para a apuração fiscal não representam a realidade dos estoques do contribuinte;

- observam ainda que, em face das informações errôneas nos estoques, o custo de mercadorias vendidas – CMV e as margens de lucros apuradas não podem prosperar;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- acrescentam que a apuração do preço de custo da mercadoria apurada pelo Fisco não respeitou as normas contábeis supra citadas, pois, no custo dos estoques apurados pelos CPCs 16 e PME, os custos já estão inclusos no valor do estoque, já na margem de lucro bruta, as mesmas não correspondem à realidade do mercado, sendo as margens apuradas, provas da informação errônea dos estoques;

- apontam a inobservância dos princípios constitucionais de Direito Tributário, dentre eles a primazia da realidade ou da boa-fé, arguindo erro nas informações das DEFIS que geraram valores de estoques incorretos, o princípio do não confisco, da isonomia tributária, da capacidade contributiva, da razoabilidade e proporcionalidade;

- impugnam a exclusão da empresa autuada do regime do Simples Nacional, sustentando a inexistência das irregularidades apuradas pela Fiscalização;

- requerem a designação de perícia com o intuito de corroborar as teses apontadas, dentre elas o levantamento quantitativo correto dos estoques, margem de valor agregado e apuração do ICMS, nos moldes do art. 142 e seguintes do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA. Nesta oportunidade, não apresenta quesitos.

Pedem ao final a procedência das impugnações.

Oportuno ressaltar, que os Coobrigados apresentam aditamento às impugnações às pags. 249/267 e 268/286, com os argumentos infra elencados, em síntese:

- arguem a dispensa de recolhimento da taxa de expediente, destacando que o próprio sistema e-PTA SIARE, quando a impugnação dos demais sujeitos passivos do crédito tributário tem o mesmo teor, dispensa o recolhimento da taxa de expediente de impugnação já recolhida por outro sujeito passivo;

- assevera, nesse sentido, que o sujeito passivo principal, a empresa autuada, já recolheu a referida taxa quando da apresentação de sua impugnação.

Reiteram pela procedência das impugnações.

A Fiscalização manifesta-se às pags. 302/311, com os argumentos a seguir reproduzidos, em síntese:

- entende que o procedimento adotado é idôneo;

- esclarece que trabalha em suas auditorias com períodos fechados de 01(um) ano fiscal, de janeiro a dezembro, ou com períodos abertos, referentes a um ou mais meses de determinado ano;

- acrescenta que esta é uma prática comum e consolidada ao longo dos anos e inúmeros processos tributários emitidos, além de ser expressamente prevista na legislação do RPTA, em seu art. 89 inciso VI, que disciplina a descrição do valor total devido, bem como a indicação do prazo a que se refere, o que dá margem a prazos diferenciados, mas pelo bom senso e interpretação da lei, sempre superiores ao período mensal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- registra, quanto às alegações do contribuinte de que teria enviado informações equivocadas em suas DEFIS e não teria estrito controle de seu estoque, tal declaração da Impugnante, por si só, já é uma confissão do ilícito tributário apurado;

- aponta que não cabe ao Fisco realizar qualquer juízo de mérito sobre culpa ou dolo das informações contábeis prestadas pelo contribuinte, mas tão somente se ater aos fatos contábeis descritos e analisá-los sob a égide das normas Tributárias em vigor;

- salienta que se o contribuinte, mal assessorado, prestou informações não condizentes com a realidade de suas operações, infelizmente haverá de pagar por seu erro, cabendo ao mesmo tão somente a opção de regresso contra possíveis responsáveis legais pelas informações prestadas ao Fisco;

- informa que levanta o valor da Margem Agregada com base em índices retirados da própria escrita fiscal/contábil do contribuinte;

- entende, portanto, que o Auto de Infração segue todos os preceitos da boa contabilidade e tem seus fundamentos e metodologia embasados na legislação tributária já retrocitada, bem como precedente em trabalhos semelhantes anteriores a este, também já analisados e ratificados pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CCMG;

- discorre sobre cada um dos princípios suscitados como infringidos, pelos Impugnantes;

- sustenta que tais normas não podem ser utilizadas como salvo conduto para a prática de ilícitos tributários, tendo sido observados pelo trabalho fiscal todos os ditames constitucionais.

Ante ao exposto, pugna a Fiscalização pela procedência do lançamento e pelo indeferimento à impugnação à exclusão do regime de tributação do Simples Nacional. Quanto à perícia requerida diz se tratar de um direito do contribuinte, colacionando cópia do art. 142 do RPTA.

Por fim, constam registros de tentativa de comunicação com o escritório que apresentou as impugnações em favor dos Coobrigados, alertando que a representação de sujeitos passivos em PTA eletrônico (e-PTA) somente tem efeitos legais se for constituído procurador eletronicamente dentro do sistema SIARE, como foi realizado em relação ao Sujeito Passivo Principal. Até a data de 04/04/23, não constavam dos autos a regularização processual em face dos coobrigados (págs. 312/315).

Em sessão realizada em 04/04/23, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, por maioria de votos, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante apresente aos autos documentos hábeis que comprovem os valores dos estoques do período de 01/01/18 a 31/12/21. Vencida a Conselheira Paola Juracy Cabral Soares, que rejeitava o despacho (págs. 316)

Aberta vista, a Autuada acosta Planilha de Apuração de Estoque e Resultado (Conclusão Fiscal), às págs. 319/500 dos autos.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às págs. 501/503, com os argumentos a seguir reproduzidos, em síntese:

- sustenta que o presente lançamento foi confeccionado com base nas informações contábeis do contribuinte, levadas por meio de suas DEFIS, em dados extraídos do Auditor Eletrônico e em técnicas contábeis, para apuração do Custo das Mercadorias, Margens de Lucro e Receitas Auferidas;

- destaca que erros de informação do contribuinte, independentemente do juízo de boa ou má-fé, acarretam resultados incondizentes com a realidade fática de suas operações mercantis, o que enseja a cobrança do ICMS e multas regulamentares pelo ilícito tributário de saídas desacobertas de documentação fiscal nos anos base de 2018/2019 e 2021;

- entende que a tentativa do contribuinte ao apresentar documentação fiscal/contábil extemporânea ao lançamento regular do tributo é ilegal, não ensejando a impropriedade do trabalho fiscal realizado.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Aduzem que o procedimento administrativo fiscal foi conduzido sem a observância ao formalismo jurídico necessário, suscitam que o agente administrativo não conseguiu identificar, com exatidão, os fatos geradores do eventual imposto estadual.

Arguem que a apuração realizada pela Fiscalização é contrária à regra matriz de incidência do ICMS.

Destacam que, no caso em tela, a apuração e constituição do crédito tributário do ICMS por saída sem emissão de documento fiscal deveria ter sido realizada por período de apuração mensal, pois, o Contribuinte não faz uma venda só ao ano e/ou não faz vendas só no último período do ano.

Assim, entendem que, se permanecer o lançamento como se encontra, haveria uma verdadeira ilegalidade fiscal e contábil, o que causa prejuízos ao Contribuinte, bem como, também ao Fisco. Nesse contexto, apontam a nulidade do Auto de Infração por contrariar o disposto no art. 89, incisos IV, V e VI do Decreto nº 44.747/08, culminando em ofensa ao princípio da legalidade.

Contudo, razão não lhes assiste, uma vez que nos autos não se vislumbram qualquer nulidade, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório, o que o fez o Fisco, com brilhantismo e bom detalhamento fático e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

jurídico. Portanto, não se vislumbra ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

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

RICMS/02

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;

(...)

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;

(...)

Ante o exposto, incabíveis as alegações trazidas pela empresa autuada em sede de preliminares, uma vez que o procedimento fiscal adotado foi tecnicamente idôneo, de forma que a Auto de infração contém todos os elementos necessários e suficientes para que se determine com segurança a natureza das infrações, as infringências cometidas. Todos os requisitos formais e materiais imprescindíveis para a validade do lançamento (arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA) foram observados.

Não resta dúvida que o sujeito passivo compreendeu e se defendeu adequadamente da acusação fiscal. Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

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

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Ressalta-se, de início, que a Impugnante requer a realização de prova pericial sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária em face dos fundamentos e documentos constantes dos autos.

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2018, 2019 e 2021, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LQFID, nos termos do art. 194, inciso V do RICMS/02.

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

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão do Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da CGSN nº 140 de 22/05/18.

Registra-se ademais, que foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigados, os sócios administradores 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.

À luz das informações constantes dos autos, os Impugnantes não conseguiram demonstrar elementos que lhe assegurassem a não incidência tributária ou ainda a sua correção fiscal. Assim, a Impugnante, em sua defesa, não foi capaz de infirmar as alegações apresentadas pela Fiscalização, não exercendo adequadamente o ônus probatório que lhe incumbia, alegando em sua impugnação aspectos de ordem estritamente formal, como nulidades.

Denota-se que, apesar da oportunidade concedida aos Impugnantes de apresentar informações sobre a movimentação de seus estoques e fazer prova de suas alegações, os Contribuintes restringiram-se a juntar os documentos solicitados, sem realizar o cotejamento analítico entre os documentos apresentados e as DEFIS que foram objeto do trabalho fiscal.

A título de exemplo, os Impugnantes juntam aos autos, planilha, contendo informação sobre a movimentação de estoques com resultados distintos daqueles

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apontados em suas próprias DEFIS, sem, contudo, explicar a origem da diferença, veja-se:

B - PLANILHA RESULTADO (CONCLUSÃO FISCAL) ANUAL

ESTOQUE INICIAL:	R\$ 275.691,95
ENTRADAS:	R\$ 303.541,47
ESTOQUE FINAL:	R\$ 439.045,01
CMV:	R\$ 292.867,74
MVA 50 %:	R\$ 146.433,87
CMV + MVA:	R\$ 439.301,61
SAÍDAS:	R\$ 286.212,06
RESULTADO:	R\$ 153.089,55
ICMS DEVIDO:	R\$ 27.556,12

(Extrato da Planilha apresentada pelos Impugnantes – fls. 319)

Estabelecimento: 03.744.696/0001-59 UF: MG	
Estoque inicial do período abrangido pela declaração	R\$ 790.520,00
Estoque final do período abrangido pela declaração	R\$ 898.364,00
Saldo em caixa/banco no início do período abrangido pela declaração	R\$ 39.715,42
Saldo em caixa/banco no final do período abrangido pela declaração	R\$ 71.973,20
Total de aquisições de mercadorias para comercialização ou industrialização no período abrangido pela declaração	R\$ 277.046,38
Aquisições no mercado interno	R\$ 277.046,38
Importações	R\$ 0,00
Total de entradas de mercadorias por transferência para comercialização	R\$ 0,00
Número da Declaração: 037446962018003 Número do Recibo: 02.07.22104.0250677-2	
Autenticação: 03273.74112.46265.96922 Página 2	

(Extrato da DEFIS 2018 – fls. 16)

Ressalta-se, ainda, que as diferenças não são imateriais. Observa-se que, na DEFIS referente ao exercício de 2018, a empresa contribuinte declarou estoque inicial de R\$ 790.520,00 (setecentos e noventa mil, quinhentos e vinte reais) e final de R\$ 898.364,00 (oitocentos e noventa e oito mil, trezentos e sessenta e quatro reais).

Em contraposição, apresenta planilha após despacho interlocutório informado estoque inicial de R\$ 275.691,95 (duzentos e setenta e cinco mil, seiscentos e noventa e um reais e noventa e cinco centavos) e final de R\$ 303.541,47 (trezentos e três mil, quinhentos e quarenta e um reais e quarenta e sete centavos). Portanto, a distância entre os valores apontados é tão relevante a ponto de inviabilizar a compreensão de que a DEFIS tenha sido preenchida com “simples erro”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, os documentos juntados pelos Impugnantes, por se tratar de movimentação constante de “simples” planilha, sem qualquer registro quanto à data de sua elaboração ou autenticação inviabiliza a sua apreciação como documento “hábil” ou “fiscal” a ensejar entendimento diverso daquele adotado pela autoridade fiscal.

Ante ao exposto, não há outra alternativa senão o reconhecimento quanto à procedência do lançamento.

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime de tributação do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18. Veja-se 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. 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.

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

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

(...)

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

(...)

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, 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;

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN nº 140/18

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: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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

(...)

§ 3º A ME ou a 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 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. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11 c/c 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

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)

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

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”.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG 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 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS

DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS) COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIMÉ DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

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).

Relativamente às multas aplicadas, correta a exigência das penalidades de maneira cumulativa.

Com efeito, 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 - 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.

Os sócios-administradores respondem pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

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

Na lição dos Professores Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 10ª ed. 1995, pág. 113), Werther Botelho Spagnol (Curso de Direito Tributário, 1ª ed. 2004, pág. 208), Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e Tributário, 13ª ed. 2006, pág. 268) e José Alfredo Borges (Notas de Aula/UFMG, inéditas), dentre outros, a responsabilidade do art. 135 do CTN é solidária.

Cumpra 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 Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJ/MG, por unanimidade, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

[...] O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame os sócios-administradores, que efetivamente são quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

Ademais não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária e, 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.

Induvidoso, no caso, que os Coobrigados tinham 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.

Assim, correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária.

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*:

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

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, CONCLUI 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG
.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886
MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento, bem como a exclusão da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Juliana de Mesquita Penha.

Sala das Sessões, 03 de agosto de 2023.

Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich
Relator

Alexandre Périssé de Abreu
Presidente

CS/D