

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.552/23/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001223946-21
Impugnação: 40.010148130-92
Impugnante: Nissi Modas do Vestuário Ltda
IE: 367774511.00-77
Coobrigados: Alberto Hyun Suk Yoon
CPF: 067.017.926-42
Eliza Yoo
CPF: 123.472.197-07
Proc. S. Passivo: ERIK COSTA CRUZ E REIS/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional - CTN, 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 de a Fazenda Pública Estadual formalizar o crédito tributário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, inciso VII e XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, entrada, manutenção em estoque e saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, 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. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões por voto de qualidade.

RELATÓRIO

O lançamento versa sobre a constatação, mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID, no período de 01/01/15 a 31/12/18, de que a Autuada manteve estoque e promoveu entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

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

Versa também sobre a exclusão da 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 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140, de 22/05/18, uma vez que restou comprovada a prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias).

Os sócios-administradores da Autuada foram incluídos como responsáveis solidários no polo passivo do lançamento, em razão da prática de atos com infração à lei (promover entradas, saídas e manter em estoque, mercadorias desacobertadas de documentação fiscal), nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seus procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 19/32.

Acatando parcialmente as razões da Defesa, o Fisco reformula o lançamento às fls. 113/121.

A Autuada adita a sua Impugnação às fls. 136/146 e alega inconsistências nos dados e documentos utilizados no Levantamento Quantitativo Financeiro Diário.

O Fisco manifesta-se às fls. 148/153, refutando as alegações da Impugnante.

Em sessão realizada no dia 17/12/19, a 3ª Câmara do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais exara Despacho Interlocutório, às fls. 162, determinando à Impugnante que traga aos autos os documentos fiscais considerados por ela ausentes no levantamento quantitativo, justificando a sua não inclusão nos arquivos eletrônicos transmitidos em tempo hábil.

Em cumprimento ao despacho interlocutório, a Impugnante junta documentos às fls. 166/169.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 175/180 e junta novos documentos às fls. 181/287.

Às fls. 295/300, a Impugnante novamente adita a impugnação e reafirma existirem inconsistências nos dados e documentos considerados no LEQFID.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco se manifesta às fls. 302/305 e 309/312.

Em sessão realizada no dia 25/11/20, conforme fls. 315 do PTA, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG converte o julgamento em diligência para que o Fisco intime a Contribuinte a apresentar a documentação que julgue necessária e efetue uma análise pormenorizada da mesma, com a abertura de vista à Impugnante em seguida.

Atendendo à intimação, a Impugnante apresenta documentos às fls. 327.

A Fiscalização novamente se manifesta às fls. 328/331, e afirma que, tendo em vista os novos documentos apresentados pela Impugnante, entende ser necessário realizar um novo Levantamento Quantitativo Financeiro Diário para se apurar o crédito tributário.

Em sessão realizada no dia 02/09/21, conforme fls. 339 do PTA, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG converte o julgamento em diligência para que o Fisco demonstre como ficaria o crédito tributário considerando os novos arquivos apresentados pela Impugnante. Determina que, em seguida, seja concedida vista à Impugnante.

Atendendo a diligência, o Fisco manifesta-se às fls. 341/344 e 347/350. Junta mídia eletrônica contendo o novo LEQFID, às fls. 351, o qual demonstra a redução do crédito tributário.

A Impugnante novamente adita a sua Impugnação às fls. 354/365 e reafirma restarem inconsistências nos dados utilizados no procedimento de fiscalização. Acresce que o LQFID apresentado não guarda correlação com aquele original e caracteriza um novo lançamento.

Argui a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo a fatos geradores ocorridos em 2015.

Pede o cancelamento do lançamento, uma vez que a Resolução nº 4.627/13, em seu art. 2º, dispõe que o crédito tributário de ICMS apurado de ofício não deverá ser formalizado quando o valor de ICMS, excluídos multas e juros, for igual ou inferior a 4.000 UFEMGs.

Mais uma vez, o Fisco manifesta-se às fls. 367/372 e refuta as teses da Impugnante.

Em sessão de julgamento no dia 31/03/22, conforme fls. 375, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG decide por exarar novo Despacho Interlocutório para que a Impugnante aponte objetivamente as inconsistências que julga remanescerem na nova apuração efetuada pelo Fisco.

Às fls. 379/854, em atenção ao despacho interlocutório, a Impugnante adita a sua Impugnação e junta documentos.

Acatando parcialmente as teses da Impugnante, o Fisco procede a nova reformulação do lançamento às fls. 856/871.

Aberta vista, a Impugnante apresenta novo aditamento à sua Impugnação, conforme fls. 877/892 e reafirma que a reformulação do lançamento efetuada

descharacterizou o lançamento original, dele muito divergindo acerca de valores, acusações e fundamentações. Postula que a reformulação caracterizou um novo lançamento.

Argui a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo a fatos geradores ocorridos em 2015 e 2016.

Pede o cancelamento do lançamento, uma vez que a Resolução nº 4.627/13, em seu art. 2º, dispõe que o crédito tributário de ICMS apurado de ofício não deverá ser formalizado quando o valor de ICMS, excluídos multas e juros, for igual ou inferior a 4.000 UFEMGs.

O Fisco apresenta uma última Manifestação Fiscal às fls. 894/903, contrapondo-se às teses da Defesa.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante alega a nulidade do lançamento em razão deste apresentar vícios insanáveis e ainda, por entender que a segunda reformulação efetuada, às fls. 856/871, configura um novo lançamento.

Nesse ponto, cumpre observar que, não obstante a idoneidade do procedimento adotado pela Fiscalização - Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, previsto no art. 194, inciso III, do RICMS/02 - e da correção da metodologia por ela originalmente adotada na apuração das infrações, o resultado do LEQFID sofreu várias modificações, conforme se vê nos autos.

Destaque-se que as referidas modificações decorreram da necessidade de retificar, incluir, ou excluir dados e documentos considerados naquele procedimento

Viu-se que, ao longo do PTA, várias foram as inconsistências apontadas pela Impugnante, as quais por sua vez, foram corrigidas pelo Fisco através das reformulações do lançamento constantes dos autos.

Registre-se que referidas inconsistências foram acarretadas, em grande parte, pelo conteúdo, ou pela forma incorreta pela qual o Autuada apresentou as suas declarações e documentos – ora em desacordo com a legislação e ora em desacordo com o intimado, inclusive por este Conselho de Contribuintes.

Tudo isso impactou nas espécies, quantidades e valores das mercadorias analisadas através do aplicativo LEQFID. As reformulações afastaram a ocorrência de entradas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e alteraram os valores do crédito tributário.

Verificou-se, ao longo do PTA, que os ajustes necessários foram feitos, expurgando-se os valores de crédito tributário indevidos. Viu-se que as alegações justificadas e os documentos trazidos pela Impugnante foram diligentemente analisados e, quando pertinentes, acatados pelo Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nessa medida, diante do exposto, não há o que se falar em nulidade do lançamento.

As reformulações do lançamento efetuadas pelo Fisco decorreram do acatamento das teses da Defesa, hipótese prevista no inciso I do art. 145 do CTN. Visou-se adequar o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário às correções dos arquivos e documentos apresentados pelo Impugnante quando de sua defesa. Veja-se:

Código Tributário Nacional

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo; (...)

Os motivos e fundamentos das referidas reformulações foram esclarecidos pelo Fisco à Impugnante e lhe foi concedida vista e possibilitado a ela aditar a sua impugnação, em obediência ao disposto no § 2º do art. 120, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

RPTA

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

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

II - a reformulação do crédito tributário.

(...)

§ 2º Nas hipóteses de reformulação do lançamento não alcançadas pelo § 1º, será aberto prazo de 10 (dez) dias para aditamento da impugnação ou pagamento do crédito tributário com os mesmos percentuais de redução de multas a que se refere o parágrafo anterior. (...)

Aquelas reformulações não implicaram na mudança no período, objeto fiscalizado e nem no método utilizado na apuração das infrações. As informações que lastrearam o procedimento de fiscalização sempre foram aquelas prestadas pela Autuada.

A fundamentação legal que embasou o lançamento original permaneceu a mesma nas citadas reformulações. Não houve qualquer alteração na interpretação dada aos fatos, ou à legislação.

Foram devidamente resguardados o direito ao contraditório e à ampla defesa da Autuada. Conforme se depreende de sua impugnação, ela corretamente entendeu todos os aspectos do lançamento reformulado, tendo dele se defendido.

Desta feita, uma vez que constam nos autos todos os elementos exigidos pela legislação tributária capazes de proporcionar a adequada motivação do lançamento

e o pleno direito de defesa à Impugnante, notadamente, os requisitos reivindicados pelo art. 142 do CTN e pelo art. 89 do RPTA, não se reconhece as prefaciais de nulidade arguidas.

Da Resolução n.º 4.627/13

Diante dos valores resultantes da segunda reformulação do lançamento, a Impugnante pede o cancelamento do lançamento, uma vez que a Resolução n.º 4.627/13, em seu art. 2º, dispõe que o crédito tributário de ICMS apurado de ofício não deverá ser formalizado quando o valor de ICMS, excluídos multas e juros, for igual ou inferior a 4.000 UFEMG. Trancreve-se o referido dispositivo:

RESOLUÇÃO N.º 4.627, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2013
(MG de 28/12/13)

Dispõe sobre o cancelamento e a não formalização do crédito tributário.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA no uso de atribuição que lhe confere o art. 93, § 1º, inciso III da Constituição Estadual, tendo em vista o disposto no art. 101 do Decreto n.º 44.747, de 3 de março de 2008, que estabelece o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA),

RESOLVE:

(...)

Art. 2º Não será formalizado o crédito tributário, cuja somatória de valor, excluídos multas e juros, relativamente à espécie tributária qualificada em cada um dos seguintes incisos, seja igual ou inferior a:

(...)

II - 4.000 (quatro mil) Ufemgs, quando se tratar de ICMS apurado de ofício; (...)

No entanto, em que pese o valor remanescente do ICMS e do próprio crédito tributário ser inferior a 4.000 (quatro mil) Ufemgs, há que se entender que o referido dispositivo deve ser observado por ocasião do lançamento, ou seja, quando da constituição do crédito tributário original. Eventuais reduções do valor do crédito tributário original, ainda que decorrentes da reformulação do lançamento, não atraem a aplicação do dispositivo.

Saliente-se, como já exposto, que as reformulações do lançamento efetuadas pelo Fisco não constituíram um novo lançamento.

Desta feita, tendo em vista que o crédito tributário original constituído no presente caso superava, em muito, os valores previstos na referida resolução, não há o que se falar no cancelamento do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, o lançamento versa sobre a constatação, mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID, no período de 01/01/15 a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

31/12/18, de que a Autuada manteve estoque e promoveu entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

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

Versa também sobre a exclusão da 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 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140, de 22/05/18, uma vez que restou comprovada a prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias).

Os sócios-administradores da Autuada foram incluídos como responsáveis solidários no polo passivo do lançamento, em razão da prática de atos com infração à lei (promover entradas, saídas e manter em estoque, mercadorias desacobertas de documentação fiscal), nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Importante salientar que as reformulações afastaram a ocorrência de entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e alteraram os valores do crédito tributário.

Inicialmente, a Impugnante alega a decadência do direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento em questão, em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2015 a dezembro de 2016.

Sustenta que, uma vez a 2.ª reformulação do lançamento configurou novo lançamento, e uma vez que a mesma lhe foi cientificada em 17/11/22, nos termos do art. 173, inciso I do CTN estaria operada a decadência relativa aos períodos citados.

Contudo, sem razão a Impugnante.

Conforme já exposto, as reformulações do lançamento não configuraram um novo e distinto lançamento, mas apenas no seu aperfeiçoamento e, nesse caso, não há o que se falar em contagem de um novo prazo decadencial tendo como referência a data desta reformulação.

Nessa medida, considerando que o prazo de cinco anos previsto no art. 173, inciso I do CTN – aplicável ao caso - só começa a ser contado no 1.º dia útil seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito, em relação aos fatos geradores ocorridos em janeiro de 2015, a decadência somente ocorreria em 01/01/21. Examine-se:

CTN

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Uma vez que o Autuada foi citada do lançamento em 07/05/19 (fls. 14), não se reconhece a decadência arguida.

Conforme exposto, as infrações foram apuradas através do procedimento denominado Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - LEQFID.

Para a execução do LEQFID, nos exercícios fechados de 2015, 2016, 2017 e 2018, a Fiscalização utilizou o programa institucional da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG, denominado Auditor Eletrônico.

As informações sobre as operações de entrada e saída de mercadorias foram obtidas dos arquivos magnéticos enviados pela Contribuinte, via Sintegra (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços).

As informações sobre os estoques de mercadorias foram obtidas destes mesmos arquivos e confrontadas com aquelas constantes das Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS) apresentadas pela Contribuinte.

Registre-se que o levantamento quantitativo é procedimento tecnicamente idôneo, com previsão regulamentar, conforme art. 194, inciso III do RICMS/02, a seguir transcrito:

RICMS/02

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

(...)

III - levantamento quantitativo-financeiro;

Importa registrar que, no levantamento quantitativo, a Fiscalização, a partir dos dados de estoque inicial, entradas e saídas acobertadas por documento fiscal, apura o valor relativo ao estoque final do produto no exercício fiscalizado, que, comparados aos valores registrados pela empresa, se divergente, é possível constatar a ocorrência, conforme o caso, de entrada, saída ou estoque desacobertado de documento fiscal.

Assim, o levantamento quantitativo de mercadorias baseado em arquivos eletrônicos enviados pela própria Contribuinte, é meio adequado de auditoria fiscal e tem por finalidade a conferência pela Fiscalização das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente, pelo confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e saídas, por produto, emitidas no respectivo período.

Trata-se de uma operação matemática extremamente simples, na qual o sistema, a partir do estoque inicial declarado pela Contribuinte, acrescenta as entradas e subtrai as saídas constantes dos documentos fiscais de entrada e saída, respectivamente.

Nesse procedimento, é feita uma combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), com a finalidade de apurar possíveis irregularidades, por meio da utilização da equação em quaisquer das duas formas apresentadas a seguir:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"VENDAS (SAÍDAS) = ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS – ESTOQUE FINAL"

OU

"ESTOQUE FINAL = ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS – VENDAS (SAÍDAS)"

Ou seja, o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID representa exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente.

Logo, é possível verificar, por exemplo, quando ocorre a emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia. Nesse caso, o aplicativo informa que houve “saída sem estoque” (SSE), o que pressupõe a ocorrência de entrada de mercadoria desacoberta de documento fiscal.

Se, ao final de um determinado período, o levantamento quantitativo apresentar a apuração de estoque de mercadorias menor do que o declarado pelo contribuinte no livro Registro de Inventário, pressupõe-se a ocorrência de saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal; caso a diferença seja maior, conclui-se pela existência de estoque desacoberto.

Ressalta-se que a utilização dessa técnica não é, de forma alguma, inatacável, mas, para desconstituir os resultados atingidos com sua aplicação, a Defesa deve apresentar as falhas existentes, bem como os documentos idôneos capazes de comprová-las.

Conforme se viu nos autos, após as retificações e reformulações do lançamento efetuadas pelo Fisco, restaram demonstradas a manutenção em estoque e as saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Desta feita, corretas as exigências do ICMS, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Com relação à formação do polo passivo da autuação, 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

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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

No 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, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira quando da entrada, da saída e da manutenção em estoques de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Correta, portanto, a inclusão destes no polo passivo da obrigação tributária, com base no inciso III do art. 135 do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

No que se refere à exclusão da Contribuinte do Regime do Simples Nacional, a fundamentação 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 de documentação fiscal.

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.

(...)

§ 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 (vigente até 31/07/18) e, ainda, c/c art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18 (vigente a partir de 01/08/18), 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

§ 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.

Resolução CGSN nº 140/18

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

§ 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)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 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 desacobertas de documentos fiscais, conforme estabelece o art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11 (vigente até 31/07/17) e, ainda, conforme art. 84 da Resolução CGSN nº 140/18 (vigente a partir de 01/08/18), *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;

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...).

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)

(...)

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)

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, em um ou mais procedimentos fiscais; ou (...)

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.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 856/870. Vencidos, em parte, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Relatora) e Thiago Álvares Feital, que o julgavam improcedente. Em seguida, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Vencidos os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Relatora) e Thiago Álvares Feital, que a julgavam procedente. Designado relator o Conselheiro Dimitri Ricas Pettersen (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Erik Costa Cruz e Reis e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Diógenes Baleeiro Neto. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 26 de abril de 2023.

Dimitri Ricas Pettersen
Relator designado

Cindy Andrade Moraes
Presidente

P

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.552/23/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001223946-21
Impugnação: 40.010148130-92
Impugnante: Nissi Modas do Vestuário Ltda
IE: 367774511.00-77
Coobrigados: Alberto Hyun Suk Yoon
CPF: 067.017.926-42
Eliza Yoo
CPF: 123.472.197-07
Proc. S. Passivo: ERIK COSTA CRUZ E REIS/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

Voto proferido pela Conselheira Gislana da Silva Carlos, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

O Autuado apresenta, tempestivamente, impugnação na qual apresenta as seguintes alegações em relação ao trabalho fiscal

Diz que jamais realizou operações sem a necessária documentação fiscal, tampouco deixou de recolher os tributos devidos.

Aduz que o dispositivo legal dos incisos II e II do art. 194 do RICMS/02, invocado para legitimar o procedimento de fiscalização mediante utilização de “auditor eletrônico”, não faz alusão expressa a levantamento virtual realizado por programa informatizado.

Reforça que os auditores fiscais possuem fé pública e sua declaração goza de presunção de veracidade, no entanto, tal presunção não pode ser adotada quando o levantamento quantitativo é realizado por meio de “Auditor Eletrônico”, uma vez comprovada a ocorrência massiva de erros na contagem virtual, como ocorrido no presente caso.

Cita decisões de lançamentos improcedentes do CCMG em outros PTAs em que se comprovou a ocorrência de equívocos nos relatórios gerados pelo LEQFID com o conseqüente cancelamento do PTA.

Alega que no caso do PTA em tela, os valores obtidos pelo programa LEQFID não merecem fé, pois da análise dos cupons e notas pertinentes ao período

evidenciam que os valores encontrados não correspondem à realidade material da movimentação de estoque da empresa, bem como comprovam a inexistência de entradas ou de saídas desacobertadas.

Discorre que as informações sobre as notas fiscais foram obtidas por meio dos arquivos SINTEGRA enviados por ela, assim como as informações do inventário, as quais foram analisadas pelo programa LEQFID, cujas inconsistências estão demonstradas adiante, induzindo a autoridade lançadora ao erro. Isto porque, além da falta de inclusão de centenas de registros de movimentações pelo programa LEQFID, o programa apresenta incongruências, resumidas em:

- 1 - quantidade elevada de registros não considerados; fl. 25;
- 2 - cancelamento das vendas registrados nos cupons fiscais não foram considerados no LEQFID;
- 3 - o levantamento foi feito por agrupamento de vários itens distintos com quantidades e valores também diversos e os valores de vendas diárias não evidenciam quais cupons emitidos diariamente, impedindo o Contribuinte de verificar quais seriam as mercadorias que o Fisco alega terem sido adquiridas ou vendidas sem o amparo dos documentos fiscais necessário.

Cita a mercadoria “Calça com manga” para exemplificar a diferença que alega existir entre os cupons constantes no LEQFID e os emitidos pela Impugnante no dia 11/10/18, tanto no que tange à quantidade de cupons quanto ao total de unidades de mercadorias vendidas.

Prossegue afirmando que, por exemplo, no AGRUP_11, o anexo I da impugnação apresenta a correta conciliação comprovando que, se considerados todos os cupons e as duas notas fiscais de entrada não há diferença alguma de estoque, como acusa a autuação de terem ocorrido aquisições de 31 (trinta e uma) peças sem documentação fiscal;

4 - o procedimento de agrupamento, além de impedir que o Contribuinte verifique precisamente quais seriam os itens que o Fisco presumiu terem ingressado ou saído do estoque sem documentação fiscal, não foi uniforme nos exercícios examinados.

Cita o agrupamento de “vestido” que nos anos 2015, 2016 e 2017 foi dividido em “AGRUP_VEST_CURTO” e “AGRUP_VEST_LONGO”. Já em 2018 foi apresentado um único agrupamento “AGRUP_VESTIDO”, impedindo o Contribuinte de exercer, na plenitude, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Sustenta que o volume de vendas e a extensão do período fiscalizado tornam impossível a checagem unitária de cada cupom fiscal, notas fiscais de entrada e o confronto com o relatório gerado pelo LEQFID. Com as provas documentais inequívocas demonstradas no Anexo I e Anexo II, a Impugnante espera que a própria autoridade fiscal acate as razões e provas apresentadas para promover o cancelamento do Auto de Infração.

Em contraponto, o Fisco aduz que o agrupamento de produtos para fins de levantamento quantitativo é comumente utilizado e tem o objetivo de simplificar e

evitar erros. Para tanto, agrupou os produtos de forma bastante clara, com o objetivo de evitar qualquer inconsistência com relação à codificação indevida, estando os produtos agrupados devidamente demonstrados nos Anexos I, II, III e IV do Auto de Infração.

A apresentação individualizada, por tratar-se de operação matemática envolvendo estoques e movimentação de entradas e saídas de mercadorias, seguramente levaria a apuração das mesmas diferenças de quantidades do resultado encontrado no trabalho fiscal, restringindo-se a possível diferença na determinação individual do produto no grupo.

Ao longo da instrução processual e após a realização de diligência, novamente o Fisco se manifesta e ratifica seu entendimento no sentido de que há, em certas ocasiões, algumas incongruências entre o que o Contribuinte diz ser memória de fita detalhe com os registros 60D, mas também há diversas alegações não procedentes.

Cita exemplos apresentados pela autuada e reitera que não há equívoco na metodologia de trabalho, e que o erro pode estar no próprio registro 60D gerado pelo contribuinte e esses erros são de sua inteira responsabilidade.

O Fisco intima a Impugnante a apresentar documentos pormenorizados e retificar e retransmitir os arquivos eletrônicos SINTEGRA do período de janeiro de 2015 a dezembro de 2018, referente aos registros tipo 60, 50 e 54.

O Fisco se manifesta (fls. 328/331) então no sentido de que a análise detalhada estaria prejudicada por ficar demonstrado que há ausência de informações nos arquivos e entende ser necessária nova apuração do LEQFID baseada em arquivos SINTEGRA retificados pelo Contribuinte em registros 54 e 60D que reflitam a realidade das operações ora em debate e pede a este conselho decisão no sentido de autorizar que o Fisco refaça o levantamento quantitativo com base em novos arquivos SINTEGRA retransmitidos pelo Contribuinte, com vista a Impugnante nos termos do art. 140 do RPTA.

Após nova diligência para demonstração por parte do Fisco de como ficaria o crédito tributário considerando os novos arquivos apresentados pela impugnante, o Fisco apresenta novas argumentações.

Destaca o art. 142 da Lei nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional, para depreender que o lançamento é um procedimento privativo das autoridades fiscais que, por sua vez devem proceder sua formalização nos termos da lei.

No entanto, não é o que se observa no presente caso.

O lançamento pressupõe a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação do crédito tributário, a apuração do imposto devido, a identificação do sujeito passivo e a proposição da penalidade aplicável e que a certeza e a liquidez do crédito tributário constituem requisitos para tornar preciso e exato o valor a ser liquidado.

A Auto de infração em análise não contém de forma clara e precisa a descrição da quantidade da mercadoria, tampouco suas características, conforme disciplinam os incisos IV e VI do art. 89 do RPTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As previsões legais visam garantir ao contribuinte elementos para que ele possa identificar a irregularidade e seus fundamentos para que, desta forma, exerça seu direito ao contraditório e ampla defesa.

A análise do presente PTA teve características atípicas. Houve completa modificação do lançamento tanto no que tange aos valores quanto nos agrupamentos de produtos, onde conclusão lógica é de que seus valores carecem de liquidez e certeza.

Considerando as informações trazidas aos autos através do cumprimento do Despacho Interlocutório nas quais a Impugnante apontou os erros do SINTEGRA, que por consequência foram espelhados no LEQFID, o Fisco com vistas a não depender mais uma vez de informações eletrônicas maculadas e transmitidas incorretamente pelo Contribuinte, optou por ajustar o levantamento alterando manualmente os dados contidos nos últimos arquivos Registro 60D transmitidos, após este ser minuciosamente analisado e confrontado com a memória fita detalhe também apresentada (MFD).

Em função de todos os ajustes efetuados ao longo da instrução processual, houve uma significativa redução dos valores das rubricas de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isoladas do crédito tributário levando a uma nova reformulação do lançamento.

Assim, uma vez que o lançamento passou por diversas correções e reformulações a partir informações prestadas pelo próprio Contribuinte e os arquivos eletrônicos por ele lançados, verifica-se que não há, no presente caso, certeza quanto aos valores apurados, levando a crer que nova medida poderia, mais uma vez, alterar seu valor, a exemplo do que aconteceu ao longo da instrução processual.

Pelo exposto, em tendo em vista o que preconiza o art. 112 do CTN, que normatiza o princípio *in dubio pro contribuinte*, julgo improcedente o lançamento.

Por consequência, julgo procedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Sala das Sessões, 26 de abril de 2023.

Gislana da Silva Carlos
Conselheira