

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.885/24/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.003710537-55
Impugnação: 40.010157903-71
Impugnante: PCG Indústria e Comércio de Pães e Bolos Ltda
IE: 018288097.00-90
Coobrigado: Adeunil Elias de Souza
CPF: 497.886.556-53
Proc. S. Passivo: Aryne Alves Coelho
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

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

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Mediante confronto da escrituração fiscal da Autuada e de documentos extrafiscais e arquivos eletrônicos regularmente apreendidos, constatou-se saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I, do RICMS/02 e art. 159, inciso I do RICMS/23. Infração caracterizada. Corretas as 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 adequada nos termos do § 2º, inciso I do art. 55 da citada 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. 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

A autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de dezembro de 2020 a setembro de 2023, deixando de recolher, portanto, o ICMS devido nas operações.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A empresa está enquadrada no Simples Nacional e possui CNAE principal nº 1091-1/01 - Fabricação de produtos de panificação industrial.

Irregularidade apurada mediante confronto das operações declaradas pela empresa ao Fisco no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) com documentos extrafiscais regularmente apreendidos (devidamente extraídos dos arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado) em diligência realizada pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG).

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, do mesmo diploma legal.

O sócio-administrador da Autuada, Sr. Adeunil Elias de Souza, foi incluído, na condição de Coobrigado, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por ele praticados com infração à lei (dar saída de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal), resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada acima identificada 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 Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação ao presente e-PTA e requer, ao final, a procedência da impugnação.

Registra-se, por oportuno, que, nos termos do art. 10 da Resolução nº 5.336, de 10/01/20 (MG de 11/01/20), que dispõe sobre o Processo Tributário Administrativo Eletrônico relativo a crédito tributário formalizado mediante Auto de Infração- e-PTA- Crédito (disponível em https://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/aceso_ao_e-pta/), para cada representado, a impugnação deve ser apresentada de forma individual, o que não foi observado no presente processo:

Art. 10 - Caso o procurador represente mais de um sujeito passivo no mesmo processo, deverá apresentar, para cada representado, impugnação e recurso de forma individual.

Dessa forma, a peça de defesa apresentada foi atribuída somente à empresa autuada, sem prejuízo da análise de todo o seu conteúdo.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em sede de manifestação fiscal, refuta as alegações da Defesa e requer, portanto, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 92/109, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência do lançamento e, também, pela improcedência da impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração por falta de fundamento legal e probatório adequado e por violação dos princípios da necessidade de prova concreta e da presunção de boa-fé do contribuinte.

Argumenta que o princípio do contraditório e da ampla defesa foi violado na medida em que a Fiscalização não solicitou documentação eficiente a demonstrar a inexistência de saída de mercadoria e benefício econômico, tão pouco considerou as explicações fornecidas pela Autuada acerca da natureza das planilhas apreendidas.

De plano, discussões acerca da metodologia de apuração do crédito tributário é matéria de mérito. Contudo, importa destacar que tais alegações não têm o condão de invalidar o lançamento, mesmo porque a Impugnante não traz, em sua peça de defesa, qualquer argumento ou documento que possa contrapor às informações constantes dos documentos extrafiscais apreendidos, deixando de comprovar que as operações objeto de autuação foram devidamente acobertadas por documento fiscal.

Razão não assiste à Impugnante em suas alegações, pois todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade do lançamento, previstos no art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44747/08, foram observados.

O Auto de Infração contém todos os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações, e encontram-se legalmente embasadas as infrações cometidas e as penalidades aplicadas.

O Auto de Infração é acompanhado de Relatório Fiscal Complementar detalhado que esclarece o procedimento fiscal e a operação que resultou na identificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, qual seja as saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal. O Relatório descreve o fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado, detalhando inclusive a metodologia utilizada no trabalho fiscal para apuração do crédito tributário, as infringências cometidas e as penalidades exigidas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As irregularidades apontadas pelo Fisco encontram-se, ainda, legalmente fundamentadas no campo “Base Legal/Infringência” do Auto de Infração, destacando-se os incisos VI, IX e XIII do art. 16 da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

Lei nº 6.763/75:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Ademais, o procedimento fiscal de apreensão de documentos extrafiscais encontra respaldo no art. 195 do Código Tributário Nacional - CTN, que assim estabelece:

CTN

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Por sua vez, o art. 42, § 1º c/c art. 50, ambos da Lei nº 6.763/75, estabelece a apreensão de livros, documentos, bens e objetos vinculados, direta ou indiretamente, à escrita fiscal e comercial do contribuinte quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

A apuração das irregularidades se deu por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso I do RICMS/02 (e art. 159, inciso I do Novo RICMS/23), como será discutido na parte de mérito.

Não há que se falar, portanto, em falta de fundamento legal e probatório do Auto de Infração, tampouco em ofensa ao art. 142 do CTN, como pretende fazer crer a Impugnante, pois o Fisco determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, nos termos estabelecidos na legislação vigente, identificou corretamente o Sujeito Passivo da obrigação tributária, assim como aplicou de forma esmerada a penalidade cabível.

Quanto aos argumentos de nulidade relativos à inclusão do sócio-administrador no polo passivo da obrigação tributária, registra-se que sujeição passiva é matéria meritória. Todavia, ao contrário do alegado pela Defesa, tal inclusão encontra-se devidamente motivada, conforme verifica-se facilmente do relatório do

Auto de Infração, oportunidade em que deixou consignado o Fisco que “*segundo o art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, o sócio administrador foi incluído, como Coobrigado*”.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa, como alegado pela Impugnante.

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

Quanto às demais razões apresentadas, como de violação dos princípios da necessidade de prova concreta e da presunção de boa-fé do contribuinte, baseando-se o Fisco em presunções, aplicação de penalidades desproporcionais e irrazoáveis, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de dezembro de 2020 a setembro de 2023, deixando de recolher, portanto, o ICMS devido nas operações.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, do mesmo diploma legal.

O sócio-administrador da Autuada, Sr. Adeunil Elias de Souza, foi incluído, na condição de Coobrigado, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por ele praticados com infração à lei (dar saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal), resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada acima identificada 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 Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

A empresa está enquadrada no Simples Nacional e possui CNAE principal nº 1091-1/01 - Fabricação de produtos de panificação industrial.

Irregularidade apurada mediante confronto das operações declaradas pela empresa ao Fisco no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nacional - Declaratório (PGDAS-D) com documentos extrafiscais regularmente apreendidos (devidamente extraídos dos arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado) em diligência realizada pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG).

As informações relativas às declarações enviadas ao Fisco, por meio de PGDAs, constam do Anexo 2 do Auto de Infração.

Já as informações relativas aos documentos extrafiscais apreendidos na referida operação foram anexadas ao presente processo por meio de uma pasta de trabalho contendo planilhas mensais, transcritas dos arquivos originais, e constam do Anexo 8 do Auto de Infração.

Consta, ainda, do Auto de Infração, o Termo de Apreensão e Depósito nº 14011, constante do Anexo 1 do Auto de Infração, que registra que os arquivos foram copiados para o pen drive e identificado pelo código MD-5 nº 1A41652A635B39C3CFD8702BC23C4EE8.

O Anexo 3 contém planilha de apuração da diferença entre faturamento real e declarado no PGDAs e o Demonstrativo do Crédito Tributário (DCT) encontra-se no Anexo 4 do Auto de Infração.

A Fiscalização explica que para a apuração do imposto devido foi aplicada a alíquota de 18% (dezoito por cento), nos termos do art. 12, § 71 da Lei nº 6.763/75.

Na peça de defesa apresentada, a Impugnante alega, em síntese, que o trabalho fiscal baseou-se em mera presunção do cometimento de ilícito, uma vez baseada em planilhas internas sem valor fiscal.

Argumenta que o Auto de Infração desconsidera a necessidade de prova concreta e a presunção de boa-fé do contribuinte, princípios fundamentais no direito tributário, conforme estabelece o art. 142 do CTN, cabendo à Fiscalização produzir tal prova, em atenção ao princípio da segurança jurídica, o que não teria ocorrido no presente caso.

Afirma que não foi encontrada nem mesmo solicitada documentação capaz de subsidiar cabalmente a presente autuação e as planilhas apreendidas não possuem valor fiscal, tendo sido utilizadas indevidamente como base para imputação de infrações tributárias graves à Empresa Autuada.

Destaca que deve ser reconhecida a violação ao princípio da legalidade e a inadmissibilidade de provas extrafiscais, uma vez que a autuação se fundamentou em planilhas eletrônicas internas, que não possuem valor fiscal e não estão previstas na legislação como elementos válidos para apuração de infrações tributárias.

Cita legislações (destacando os arts. 142 e 148 ambos do CTN), jurisprudências e doutrinas na tentativa de demonstrar a alegada presunção e que “*apenas uma suspeita*” da Fiscalização não poderia dar suporte ao Auto de Infração.

Contudo, o presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado e não em meras presunções, como alega a Defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como dito, ao confrontar os valores lançados nos documentos extrafiscais devidamente copiados com o faturamento mensal declarado ao Fisco por meio do PGDAS-D do Simples Nacional, o Fisco constatou que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Referido procedimento fiscal é tecnicamente idôneo, respaldado no art. 194, inciso I, do RICMS/02 (e art. 159, inciso I, do Novo RICMS/23):

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;

RICMS/23

Efeitos a partir de 1º/07/2023

Art. 159 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, a autoridade fiscal poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

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

Verifica-se, então, pelos elementos constantes dos autos, que a Autuada utilizou-se de documentos extrafiscais para efetuar o controle paralelo das vendas de mercadorias efetivamente realizadas pelo seu estabelecimento, cujos valores são incompatíveis com as declarações enviadas ao Fisco, restando demonstrado que ocorreram saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Assim, não há que se falar em ofensa ao art. 142 do CTN, como já dito em fase preliminar.

Quanto à afirmação da Defesa de que embora o período fiscalizado indicado no Auto de Infração seja 01/12/20 a 30/09/23, a maior parte da documentação complementar solicitada pelo Fisco, refere-se a períodos distintos deste, tal fato não tem o condão de invalidar o feito fiscal, uma vez que a documentação foi solicitada, via AIAF, com o objetivo inicial de verificar a regularidade fiscal da Empresa Autuada.

Veja-se a explicação da Fiscalização sobre como se deu a solicitação de documentos e apuração das irregularidades:

Estes argumentos não merecem minimamente prosperar. O AIAF em questão, diz respeito a verificação da regularidade fiscal da empresa autuada do período de maio de 2020 a abril de 2024, quando foi realizada a diligência. Dentro desse período, em razão dos documentos encontrados, foram realizados dois trabalhos diferentes, sobre períodos diferentes: de dezembro de 2020 a setembro de 2023 foi feita a apuração de saídas desacobertadas a partir da comparação dos documentos extrafiscais apreendidos

com o PGDAS, do qual resultou este AI em análise. No período restante, de outubro de 2023 a abril de 2024, foi realizado um trabalho com outra técnica, a do LEQFID – Levantamento Quantitativo e Financeiro Diário, com base em outros documentos, sendo eles os encontrados na “Pasta vermelha (CONTROLE ESTOQUE DE PÃES EM UNIDADES)” descrição apresentada no Auto de Apreensão e Depósito – AAD – número 009537, o que embasou outro Auto de Infração, de número 01.003709793-79. Cabe esclarecer que quanto ao período de maio de 2020 a novembro de 2020, este não foi objeto de nenhum trabalho, uma vez que não foram encontradas provas de irregularidade.

Dessa forma os documentos elencados AIAF dizem respeito ao período de apuração dos dois trabalhos, não apenas do AI em questão, sendo inclusive do conhecimento da impugnante esse fato.

Por fim da análise do Auto de Início de Ação Fiscal em questão, cabe destacar que não houve preponderância de documentos referentes a períodos diferentes do objeto do auto impugnado, uma vez que dos 8 itens discriminados no AIAF, 4 dizem respeito a todo o período fiscalizado, e apenas outros 4 dizem respeito apenas ao período do Auto de Infração número 01.003709793-79.

Dessa forma não assiste razão ao argumento da impugnante sobre a não solicitação de documentação sobre o período objeto desse Auto de Infração, no AIAF, uma vez que este tratava de um período maior do que foi objeto deste AI, e um número significativo dos documentos previstos no AIAF dizia respeito ao período em questão.

A Impugnante alega que não foi encontrada, nem mesmo solicitada, documentação capaz de subsidiar cabalmente a autuação e que caberia ao Fisco solicitar extratos bancários, duplicatas, contratos, dentre outros, o que poderia comprovar de fato se houve a venda/ entrega das mercadorias supostamente desacobertada de documento fiscal, citando o art. 148 do CTN.

Afirma que a documentação apreendida não representa um controle extrafiscal das operações da empresa, mas sim um instrumento interno para simulação da gestão logística e controle operacional das entregas realizadas pelos motoristas.

Contudo, tais alegações não têm o condão de invalidar o lançamento, mesmo porque a Impugnante não traz, em sua peça de defesa, qualquer argumento ou documento que possa contrapor às informações constantes dos documentos extrafiscais apreendidos, deixando de comprovar que as operações objeto de autuação foram devidamente acobertadas por documento fiscal, como já destacado em fase preliminar.

Vale lembrar que a base de cálculo apurada pelo Fisco, objeto do presente lançamento, refere-se à diferença obtida do cotejo dos valores registrados nos documentos extrafiscais apreendidos e o faturamento mensal declarado no PGDAS-D, portanto, não há que se falar em “*apenas uma suspeita*” ou mera presunção de saídas desacobertas de documentação fiscal.

Como destaca a Fiscalização, a irregularidade foi apurada com base em relatórios devidamente copiados e apreendidos, relativos a “*fechamentos das vendas de cada motorista*”, constante do computador do setor financeiro da empresa, tendo verificado o Fisco que “*nos relatórios apreendidos encontra-se discriminadas as vendas mensais realizadas por cada um destes representantes, a totalização das vendas do mês, os números de venda de cada produto e suas perdas, e por fim, os números consolidados do total arrecadado e das perdas*”.

Registra-se que a própria Impugnante afirma que a documentação apreendida representa um “*controle operacional das entregas realizadas pelos motoristas*”.

Ademais, explica o Fisco:

(...) o uso da palavra “suspeita” por parte da fiscalização se deveu ao fato de não haver análise profunda dos documentos durante a diligência. Ocorrerá apenas um trabalho inicial para a aquisição de provas, que em momento posterior serão cuidadosamente analisadas, a fim de que a Fiscalização pudesse de forma embasada afirmar se havia provas de algum ilícito. Seria imprudente qualquer juízo de valor da administração tributária antes de realizar os trabalhos devidos sobre os documentos. No entanto, uma vez realizada essa análise, as “suspeitas” quanto aos documentos poderiam ser dissipadas, ou comprovadas, como foi o caso no AI em questão.

(...)

Dessa forma, quando da elaboração do auto de infração, não há mais qualquer dúvida quanto ao do que se tratam os documentos em questão, tendo sido confirmada a “suspeita” que havia em primeiro momento, de forma a ter-se a confiança de se tratar de uma prova sólida, hábil a embasar o Auto de Infração.

A peça impugnativa posteriormente traz novamente a questão de “suspeita”, como sendo uma afronta ao art.148 do CTN, que prevê:

(...)

No entanto percebe-se que este artigo na verdade traz perfeitamente a situação do caso em questão, no qual a análise de documentos extrafiscais do contribuinte permitiu à administração fazendária

determinar não merecer fé as declarações e documentos do contribuinte. E esta análise, conforme argumentado no AI e nesta peça, se fundamenta em prova documental forte, e metodologia hábil a ser usada para apurar infração tributária. (Grifou-se).

Assim, os argumentos suscitados pela Impugnante não se prestaram a desconstituir a acusação fiscal, uma vez que robusta e sobejamente comprovada a prática da infração.

Indene de dúvidas que de todo o exposto, no presente caso, a Autuada não se enquadra como uma contribuinte de boa-fé, uma vez que não conseguiu justificar as saídas desacobertas de documentação fiscal. Ademais, nos termos do art. 136 do CTN a alegada boa-fé da Impugnante não lhe socorre.

RPTA

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacoberta de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

De todo o exposto, não há como acolher as alegações da Impugnante de que *“as planilhas apreendidas não possuem valor fiscal e foram utilizadas apenas como instrumentos internos para simulação da gestão logística e controle operacional das entregas realizadas pelos motoristas”* e que a *“utilização dessas planilhas como base para a imputação de infrações tributárias viola o princípio da legalidade”*.

Quantó ao argumento de que a Fiscalização não discriminou quais produtos, quantidades comercializadas e valores praticados no tocante as saídas supostamente desacobertas, de plano, é sabido que em acusação de saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal, desnecessário se identificar as mercadorias, uma vez que, por óbvio, se desacobertas, não existe documento que comprove qual mercadoria saiu sem o devido documento fiscal.

De toda forma, a Fiscalização explica que *“estas perguntas, porém, são facilmente respondidas pela própria documentação trazida como prova ao AI, sendo esta bastante detalhada em suas informações, uma vez que o contribuinte registrou os números de unidades por produto, assim como os valores e perdas”*.

A documentação citada pela Fiscalização consta do Anexo 8 do Auto de Infração.

Em análise da documentação apreendida, a Fiscalização conclui que *“o detalhamento dos arquivos demonstra não apenas as informações que a peça de defesa afirma não encontrar, como justifica a força probante destes documentos, pois percebe que trazem a realidade da atuação da empresa, trazendo diversos pontos detalhados”*.

A Defesa alega que a metodologia de apuração utilizada pela Fiscalização está inadequada porque desconsidera as especificidades do regime do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar (LC) nº 123/06.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, ainda que a empresa esteja cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional), que assim prescreve:

Lei nº 123/06

Art. 13 - O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacompanhada de documento fiscal;

(...)

Pelo exposto, considerando que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido nas operações, corretas as exigências fiscais de ICMS e multas cabíveis, devidamente capituladas pelo Fisco, relativas à Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, do mesmo diploma legal:

Lei nº 6.763/75

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacompanhada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

Destaca-se, ainda, que, tendo em vista o limitador de multa isolada previsto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, o Fisco limitou a exigência da Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, da mesma lei, a duas vezes o valor do ICMS incidente nas operações, como se verifica do Anexo 4 do Auto de Infração.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa e ofensa aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e capacidade econômica e contributiva do contribuinte, 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 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;

(...)

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

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: "NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS" (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

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

Por fim, registra-se que não há previsão legal para que “*seja transformada a infração em advertência, ou ainda reduzindo as multas isoladas e de revalidação ao percentual de 10% do crédito levantado, ou ainda ao mínimo possível*”, como solicitado pela Impugnante.

Noutro giro, a Defesa alega a ilegitimidade do sócio-administrador para compor o polo passivo da presente obrigação tributária.

Afirma que “*deve ser demonstrada de forma cabal, a fraude cometida ou abuso do direito realizado pela pessoa jurídica para que seja desconsiderada sua personalidade e com isso, possa responder os sócios e seus administradores com o patrimônio pessoal pelas obrigações ali assumidas*”, contudo, não teria sido apurada nenhuma ilicitude pela Fiscalização, mas apenas teria sido realizada uma apuração de forma estimada e presumida e que “*sem prova nada se prova*”.

Ressalta que “*não há conjunto fático probatório suficiente para configurar a lesão ao fisco, praticada pela empresa, tão pouco por seu administrador com desvio de poder, infração de lei ou até mesmo do contrato social*”.

Argumenta que a atuação dolosa do sócio-administrador deve ser robustamente comprovada, para que recaia sobre ele a responsabilidade solidária pelo não cumprimento da obrigação, o que não teria ocorrido no presente caso.

Cita legislações, jurisprudências e doutrinas que entende corroborarem o seu entendimento.

Não obstante os argumentos apresentados, a responsabilização tributária do sócio-administrador no polo passivo da obrigação tributária se deu corretamente nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o 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.

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 ao Coobrigado, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando permitiu a saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, como já demonstrado.

Induvidoso que o Coobrigado tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos, caracteriza a fraude ao Fisco mineiro.

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 TRIBUTOS 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. [...].

Noutra toada, a Defesa argumenta que a exclusão do regime do Simples Nacional é uma medida extrema que só pode ser aplicada em casos devidamente comprovados de infração grave à legislação tributária e que o art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 prevê que a exclusão deve ser precedida de processo administrativo regular, com ampla defesa e contraditório.

Não obstante as alegações da Defesa, no que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime 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 n.º 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18. Veja-se a legislação mencionada:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Complementar n° 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;

(...)

§ 1° - 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.

(...)

§ 3° - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

§ 9° - 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

(...). (Grifou-se)

Resolução CGSN n° 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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 desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, exatamente o caso dos autos.

A Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às reiteradas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e, então, emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional” (Anexo 7 do Auto de Infração).

Com relação à exclusão do regime de tributação do Simples Nacional, a Autuada foi excluída nos termos do art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06.

No caso, a Autuada foi intimada do “Termo de Exclusão” conforme documento de págs. 91 do e-PTA, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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 24.419/23/1ª:

ACÓRDÃO Nº 24.419/23/1ª

(...)

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, DEVIDO À SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO E AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA PLANILHA “DETALHAMENTO DE VENDAS”, NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO (PGDAS-D) E NO LIVRO DE

REGISTRO DE SAÍDAS. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I, V E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75, SENDO ESTA ÚLTIMA MULTA ADEQUADA AO DISPOSTO NO INCISO I DO § 2º DO CITADO ARTIGO.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. ESTANDO COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA É A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94/11.

(...)

LANÇAMENTO PROCEDENTE. IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DECISÕES UNÂNIMES.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - VENDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL - PRÁTICA REITERADA - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - RECURSO DESPROVIDO. 1. A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, QUE INSTITUIU O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, PREVÊ A EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, QUANDO DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL DE VENDA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, DE FORMA REITERADA. 2. CONSTATADAS AS SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A EXCLUSÃO DA EMPRESA AGRAVANTE DO SIMPLES NACIONAL ENCONTRA-SE DEVIDAMENTE MOTIVADA. 3. SEM ELEMENTOS PARA AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, HÁ QUE SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR DE REINCLUSÃO DA IMPETRANTE NO PROGRAMA. 4. RECURSO NÃO PROVIDO.

(JULGAMENTO EM 04/07/23; PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/07/23)

Portanto, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais, restando correta, ainda, a exclusão da Autuada do regime 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, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Rachel Patrícia de Carvalho Rosa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos e Leonardo Augusto Rodrigues Borges.

Sala das Sessões, 10 de dezembro de 2024.

Pedro Henrique Alves Mineiro
Relator

Alexandre Périssé de Abreu
Presidente / Revisor

CS/D