

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.971/24/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.003011031-50
Impugnação: 40.010156796-67
Impugnante: Lopes Magalhães Eletrônicos e Variedades Ltda
IE: 003503450.00-60
Coobrigado: Mauredson Cândido de Magalhães
CPF: 037.381.606-55
Proc. S. Passivo: Anderson Nascimento Fernandes
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. Infração caracterizada. Corretas as 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.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. Exclusão da Autuada do Regime do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06. Tendo em vista que não foi impugnado o Termo de Exclusão, este tornou-se efetivo, conforme estabelece o art. 83, § 4º da Resolução CGSN nº 140/18.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de 01/11/19 a 28/02/23, deixando de recolher, portanto, o ICMS devido nas operações.

A empresa está enquadrada no Simples Nacional e possui CNAE principal nº 4753-9/00 - Comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de

áudio e vídeo e CNAE secundário nº 4713-0/02 - Lojas de variedades, exceto lojas de departamentos ou magazines.

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 em operação deflagrada pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEFMG em conjunto com a Polícia Civil de Minas Gerais (PCMG), denominada “Operação Niterói”.

A Fiscalização esclarece que a Operação Niterói se deu no estabelecimento da Contribuinte KOISA NOSSA VARIEDADES LTDA, IE 001033981.00-17, CNPJ 08.793.147/0001-98, local onde foi feita a copiagem dos dados, uma vez que o controle de vendas da Autuada é realizado em conjunto com a da referida Contribuinte, que possuem sócios em comum.

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. Mauredson Cândido de Magalhães, 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 desacobertadas 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.

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. 203/225, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida, e no mérito, pela procedência do lançamento e improcedência da impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de alegados vícios no lançamento.

Alega que a operação de busca e apreensão administrativa feriu aos princípios da legalidade, o respeito aos direitos individuais, o direito à inviolabilidade de domicílio e a cláusula de reserva de jurisdição encartada na CF/88, uma vez que o escritório de empresa está protegido pela inviolabilidade de domicílio e o ingresso no mesmo pela SEF/MG, sem autorização judicial, depende do consentimento do “morador”.

Argumenta que não podem os agentes simplesmente expedir uma ordem de serviço de busca e apreensão administrativa, requerer o auxílio da força policial e ingressar, sem consentimento, no escritório da empresa ou em qualquer compartimento não aberto ao público, pois tal ingresso sujeita-se à cláusula de reserva jurisdicional.

Destaca que, considerando que a apreensão de documentos se deu a partir de ingresso no domicílio da Contribuinte sem autorização judicial, o auto de infração é nulo de pleno direito e tais documentos são inadmissíveis, ou seja, não podem subsidiar o presente lançamento.

Aduz que o processo administrativo fiscal é orientado pelo princípio documental e que *“o Fisco não pode promover “devassas”. Primeiro tem que delimitar a que veio, documentadamente, de modo que o contribuinte fiscalizado possa franquear-lhe os livros pertinentes”*.

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

No entanto, razão não lhe assiste.

De acordo com o art. 42, § 1º c/c art. 50, ambos da Lei nº 6.763/75, e art. 201 do RICMS/02, os livros e documentos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte podem ser apreendidos pela Fiscalização quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária:

Lei nº 6.763/75

Art. 42 - Poderão ser apreendidas mercadorias, observado o disposto em regulamento, quando:

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

(...)

RICMS/02

Art. 201 - Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

E, nos termos do art. 44 da Lei nº 6.763/75, a autorização judicial para apreensão de documentos somente é necessária quando eles não estiverem em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional, senão veja-se:

Art. 44 - Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

(...)

Assim, ao contrário do alegado pela Impugnante, a Fiscalização tem o poder de apreender os referidos documentos, ainda que sem autorização judicial, pois são provas efetivas das infrações fiscais.

A Fiscalização, por sua vez explica como se deu a organização para que fosse deflagrada a Operação Niterói:

A “Operação Niterói”, operação administrativa fiscal realizada no estabelecimento do impugnante que culminou com a apreensão dos documentos que embasaram o presente Auto de Infração, foi deflagrada após recebimento de denúncia anônima por telefone que informava a venda de mercadorias desacobertas de documentação fiscal por parte da autuada.

Considerando o porte do estabelecimento, uma loja varejista, aberta ao público e com grande movimento, o fisco optou por uma Operação Administrativa que permitisse a apreensão de documentos físicos e digitais para proceder a apuração da denúncia recebida. Importante ressaltar que a cópiagem de

arquivos digitais armazenados em equipamentos eletrônicos, como computadores e aparelhos celulares, é efetuada, no âmbito da SEF/MG, por equipe especializada do Laboratório de Auditoria Digital, que está situada em Belo Horizonte.

O deslocamento desses servidores da SEF/MG especializados em informática, além de outros especializados em buscas e apreensões administrativas de Belo Horizonte a Governador Valadares, bem como sua participação na ação fiscal estava acobertada pela Ordem de Serviço nº 08.230000459-32, emitida em 22/03/2023.

É possível se questionar o que tem a ver uma apreensão de documentos efetuada no contribuinte com razão social Koisa Nossa com a autuação ora impugnada, lavrada contra o contribuinte Lopes e Magalhães. Ocorre que as empresas, apesar de possuírem personalidades jurídicas diferentes, são interligadas, têm sócio em comum e a mesma administração. Dentre os documentos apreendidos no estabelecimento Koisa Nossa havia todo o controle de vendas da Lopes e Magalhães, que, cabe informar, possui o nome fantasia Koisa Nossa e apresenta-se ao público como filial do estabelecimento razão social Koisa Nossa onde foi lavrado o AAD e foi localizada a documentação. Da mesma forma, nos arquivos digitais copiados no estabelecimento razão social Koisa Nossa foram localizados os controles administrativos da Lopes e Magalhães. Em suma, não foi necessário realizar apreensões, ou copiagens, no contribuinte Lopes e Magalhães, pois tudo que dizia respeito à sua administração foi encontrado no estabelecimento razão social Koisa Nossa Variedades Ltda. Não foi necessário, igualmente, analisar exaustivamente os arquivos digitais dos controles administrativos das duas empresas, os documentos físicos apreendidos mostraram-se suficientes, pois dentre eles havia cadernos com anotações do faturamento das duas empresas, que foi o documento analisado para a quantificação da sonegação. Tais informações digitais apenas confirmam os dados existentes nos arquivos físicos apreendidos.

(...)

A ação da fiscalização foi estudada, programada, a maioria dos participantes se deslocaram de Belo Horizonte.

O local onde foi realizada a operação é aberto ao público, não se trata de compartimento privado. As máquinas (onde foram realizadas as copiagens, se

encontravam sobre o balcão de atendimento. Em nenhum momento houve tentativa de impedimento ao acesso dos auditores ao estabelecimento. A abordagem foi lícita e pacífica. No momento da abordagem o estabelecimento prestava atendimento a vários contribuintes.

(...)

(Grifou-se)

Veja-se, portanto, que a Operação Niterói se deu através de operação de busca e apreensão administrativa no estabelecimento da empresa Koisa Nossa, mas não houve, em nenhum momento violação de domicílio e à cláusula de reserva de jurisdição, como quer fazer parecer a Impugnante.

Tampouco o Fisco promoveu “*devassas*”. Como explica a Fiscalização no excerto supratranscrito, a abordagem foi lícita e pacífica, o que pode ser claramente observado pelas fotos do momento da abordagem e do decorrer da mencionada operação no estabelecimento comercial da mencionada empresa, constantes das págs. 15/16 da Manifestação Fiscal.

Portanto, não há que se falar em nulidade do lançamento ou em inadmissibilidade das provas, uma vez que a apreensão dos documentos, além de estar expressamente autorizada em lei, ocorreu de forma regular, com o cumprimento de todos os procedimentos previstos na legislação vigente.

Quanto à alegação de que houve violação ao art. 90 do RPTA, uma vez que houve apreensão de documentos a partir de uma Operação de Busca e Apreensão Administrativa, todavia, não consta dos autos o Auto de Apreensão e Depósito (AAD), já se encontra superada, uma vez que a Fiscalização juntou tal documento aos autos, reabrindo vista aos Autuados, que não se manifestaram sobre a documentação juntada.

Na oportunidade, a Fiscalização juntou aos autos, além do AAD 001564 datado de 22/03/23 (págs. 168), a Manifestação Fiscal de págs. 164/167 e o Termo de Devolução dos documentos apreendidos, datado de 23/03/23 (págs. 170/172) e explicou que referido AAD foi devidamente assinado pela gerente da empresa “Koisa Nossa”. Já o Termo de devolução foi assinado pelo contador da Contribuinte.

Nota-se que o AAD foi emitido no estrito ditame da norma conforme previsão no art. 69, inciso II c/c o art. 71, ambos do RPTA.

Veja-se a legislação mencionada:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

III - Auto de Retenção de Mercadorias (ARM);

IV - Auto de Lacração de Bens e Documentos (ALBD);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V - Auto de Infração (AI), nas hipóteses do art. 74.

(...)

Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

§ 1º O Auto conterá a descrição do objeto da apreensão e do depósito e, tratando-se de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação.

(Grifou-se)

Assim, na data da Operação Niterói, foi lavrado o AAD nº 01564, datado de 22/03/23, no estabelecimento da empresa Koisa Nossa.

Posteriormente foi, ainda, lavrado o AIAF, com ciência em 02/06/23. A Fiscalização informa, ainda, que foi necessário retificar a data do período fiscalizado devido a erro de digitação desta data no AIAF, conforme documento de págs. 07.

Registra-se, ainda, o esclarecimento da Fiscalização em relação às datas de emissão do AAD e AIAF:

A ação fiscal foi instruída com a ordem de serviço 08.230000459-32 emitida pela SUFIS – Superintendência de Fiscalização em 22/03/2023 (inclusão do contribuinte na programação fiscal).

No início da “Operação Niterói” foi lavrado o AAD nº 01564 que foi devidamente assinado por (...).

(...)

Necessário esclarecer que o prazo decorrido entre a primeira abordagem em 22/03/2023 (data da “Operação Niterói”) e a lavratura do AIAF em 02/06/2023 foi necessário para se proceder à identificação e apreciação dos documentos apreendidos, bem como, ao estudo dos arquivos copiados.

Comprovadas as “Saídas Desacobertadas” foi lavrado o AIAF (Auto de Início de Ação Fiscal) nº 10.000046272.93, em 02/06/2023.

Sem razão, portanto, a alegação da Defesa de que o AIAF foi lavrado apenas em 02/06/23 e nos autos não consta qualquer outro documento lavrado que documente o início da ação fiscal, que seria no momento da Operação Niterói, em 22/03/23.

Como já mencionado, após a apresentação da defesa, a Fiscalização acostou aos autos o AAD e o Termo de Devolução dos documentos apreendidos, concedendo vista aos Autuados, que não se manifestaram.

Totalmente sem sentido, também, é a solicitação da Impugnante de entrega dos documentos extrafiscais apreendidos para análise em homenagem ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Como já mencionado, consta dos autos o Termo de Devolução dos documentos apreendidos, datado de 23/03/23, constando a relação de todos os documentos apreendidos, assinado pelo contador da Contribuinte “Koisa Nossa” (págs. 170/172).

Assim, como explica a Fiscalização, devido à grande quantidade de documentos apreendidos, durante a operação, optou-se por acomodá-los em sacos plásticos lacrados, constando essa informação do ADD, bem como a numeração de tais lacres, conforme verifica-se do AAD acostado ao presente e-PTA. Ressalta-se que todo o procedimento foi acompanhado pela gerente da empresa “Koisa Nossa”, que assinou referido documento.

A relação de todos os documentos apreendidos em tais sacos plásticos lacrados consta do referido Termo de devolução.

A Fiscalização informa, ainda, que a cópiagem das máquinas foi realizada no mencionado estabelecimento, durante a apreensão dos documentos.

Como destaca o Fisco, *“tendo em vista que os documentos apreendidos, foram copiados e devolvidos não há que se falar em princípio do contraditório e da ampla defesa.”*

A Impugnante alega, também, que o Fisco não observou o prazo de 90 (noventa) dias previsto no art. 70 do RPTA, para finalização dos trabalhos, visto que a ação fiscal perdurou por mais de 180 (cento e oitenta) dias, sem que houvesse ato administrativo motivado explicitando a necessidade de dilação do prazo, o que ensejaria a nulidade do Auto de Infração.

Novamente não lhe cabe razão.

Prevê o mencionado art. 70 do RPTA, em seu o § 3º, que o prazo de validade do AIAF é de 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos pela autoridade fiscal. Já o § 4º trata da devolução ao Sujeito Passivo do direito à denúncia espontânea, após transcorrido o prazo previsto no § 3º. A devolução do prazo para denúncia espontânea é um direito do contribuinte, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de Auto de Infração, independentemente de formalização de novo AIAF, consoante o § 4º do artigo supracitado.

Portanto, não houve qualquer vício que resulte em nulidade do lançamento. Veja-se a legislação mencionada:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos pela autoridade fiscal.

§ 4º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

Noutro giro, alega a Impugnante que não houve indicação do dispositivo legal que autoriza o uso de documentos extrafiscais para subsidiar o lançamento tributário. Portanto, não teriam sido cumpridos os requisitos previstos no art. 89 do RPTA.

Todavia, razão não lhe assiste.

A formalização do lançamento encontra-se determinada no estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, em seu art. 89.

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso;

(Grifou-se).

Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Além do relatório do Auto de Infração, o Fisco elaborou o Relatório Fiscal Complementar (págs. 10/14), no qual 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.

O Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações.

As irregularidades apontadas pelo Fisco encontram-se 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 CTN, que assim estabelece:

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, como já mencionado, o art. 42, § 1º c/c art. 50, ambos da Lei nº 6.763/75, supratranscritos, 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:

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;

Assim, não há que se falar 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.

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.

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.

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

Quanto às demais razões apresentadas, como de que o lançamento é desprovido da prova da ocorrência do fato gerador, baseando-se em presunções, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Pedido de Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial para aferir a higidez do banco de dados apreendido.

Para tanto, formula os seguintes quesitos:

Quesito 1: Quais dispositivos foram utilizados para apreensão e cópia do banco de dados? Qual o modelo, o número de série, o sistema operacional e o software utilizado para a cópia?

Quesito 2: O banco de dados original estava íntegro antes de sua copiagem? O banco de dados, quando da sua copiagem, estava completo, sem erros ou alterações?

Quesito 3: O banco de dados copiado é autêntico, ou seja, refere-se ao mesmo banco de dados original? O código hash são idênticos?

Quesito 4: O banco de dados copiado sofreu alterações após a sua cópia? Houve alteração na estrutura ou conteúdo do banco de dados copiado?

Contudo, mais uma vez, sem razão a Defesa.

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

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

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

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

Verifica-se que os quesitos apresentados pela Impugnante se referem, em síntese, à integridade e autenticidade dos dados copiados nos arquivos e documentos extrafiscais apreendidos.

Como relatado na Manifestação Fiscal, “a fiscalização se valeu das provas coletadas no interior do estabelecimento quais sejam, os dados do software interno da Empresa e de cadernos de capa dura apreendidos”.

Como consta dos autos, a cópia dos arquivos foi realizada pela equipe especializada do Laboratório de Auditoria Digital da SEF/MG (LAUD).

Destaca-se que os procedimentos de apreensão e de cópia foram acompanhados por representante legal da empresa “Koisa Nossa”, local onde se deu a Operação Niterói, que assinou todos os documentos, como já esclarecido.

Durante a cópia dos computadores da Contribuinte foi gerado o código algorítmico que assegura a integridade e autenticidade da cópia realizada (código HASH).

As imagens produzidas a partir dessas cópias e todos os seus arquivos recuperados são autenticados pela geração de códigos “HASH” únicos, padrão internacional, o que permite garantir a integridade e autenticidade das evidências coletadas, conforme nome e código “HASH” dos arquivos de imagens produzidos.

Tal código está relacionado no Anexo 14 do Auto de Infração.

Desse modo, todos os documentos lavrados pelo Fisco demonstram a integral retidão do trabalho fiscal no tocante à apreensão e cotejo dos documentos e equipamentos apreendidos.

Destaca-se, ainda, que em nenhum momento a Impugnante aponta qualquer erro ou equívoco na documentação extrafiscal copiada que compõe os anexos do Auto de Infração.

Importa repetir que todos os documentos e arquivos originais estão em sua posse, uma vez que já integralmente devolvidos, como já dito.

O fato de a Impugnante não ter apontado qualquer divergência entre os valores constantes nos documentos extrafiscais apreendidos e os valores das operações utilizados como base de cálculo no presente trabalho fiscal, afasta toda e qualquer hipótese de falta de autenticidade da prova.

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

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

(...)

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

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

Desse modo, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de 01/11/19 a 28/02/23, 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. Mauredson Cândido de Magalhães, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 140/18.

A empresa está enquadrada no Simples Nacional e possui CNAE principal nº 4753-9/00 - Comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo e CNAE secundário nº 4713-0/02 - Lojas de variedades, exceto lojas de departamentos ou magazines.

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 em operação deflagrada pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEFMG em conjunto com a Polícia Civil de Minas Gerais (PCMG), denominada “Operação Niterói”.

A Fiscalização esclarece que a Operação Niterói se deu no estabelecimento da Contribuinte KOISA NOSSA VARIEDADES LTDA, IE 001033981.00-17, CNPJ 08.793.147/0001-98, local onde foi feita a copiagem dos dados, uma vez que o controle de vendas da Autuada é realizado em conjunto com a referida Contribuinte, que possuem sócios em comum.

Consta, ainda, do Anexo 12 do Auto de Infração, uma foto da fachada da Autuada onde consta o nome fantasia “Koisa Nossa”.

As informações relativas às declarações enviadas ao Fisco, por meio de PGDAs, constam dos Anexos 2 a 4 do Auto de Infração.

Já os documentos extrafiscais apreendidos (cadernos de anotações) na referida operação estão acostados aos Anexos 5 a 8 do Auto de Infração.

Consta do Anexo 13 o relatório emitido pelo LAUD/SUFIS, contendo as informações que foram extraídas das mídias digitais.

As imagens geradas na copiagem do computador da Contribuinte têm sua autenticidade garantida pelo código HASH (Anexo 14).

O Anexo 9 contém uma tabela de apuração da diferença entre faturamento real e declarado no PGDAs e o Demonstrativo do Crédito Tributário (DCT) encontra-se no Anexo 10 do Auto de Infração.

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

Na peça de defesa apresentada, a Impugnante alega, em síntese, que a busca da verdade material foi deixada de lado e o trabalho fiscal baseou-se em meras presunções, “ou melhor, ficções não jurídicas”, violando, além dos princípios da

legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, o princípio da presunção da inocência.

Argumenta que cabe ao Fisco provar a ocorrência do fato jurídico, oferecendo prova concludente dos fatos que alega para fundamentar a acusação fiscal.

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

Como dito, ao confrontar os valores lançados nos documentos extrafiscais apreendidos 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 desacobertas de documentos fiscais.

Referido procedimento fiscal é tecnicamente idôneo, respaldado no art. 194, inciso I, do RICMS/02, já transcrito.

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 desacobertas de documentos fiscais.

A Impugnante alega que a Fiscalização não questionou a Autuada; não intimou para esclarecimentos ou apresentar outros documentos comprobatórios da efetiva operação realizada; não deu direito de fazer prova em contrária daquilo que estava entendendo, durante a investigação.

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 acobertas por documento fiscal.

A Impugnante afirma, inclusive, que *“se reserva no direito de não ter que enfrentar os anexos”*.

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 meros indícios sem provas ou mera presunção de saídas desacobertas de documentação fiscal.

Como destaca a Fiscalização, a irregularidade foi apurada com base em *“provas coletadas no interior do estabelecimento quais sejam, os dados do software interno da Empresa e de cadernos de capa dura apreendidos, e ambos trazem as parcelas das vendas não levadas à tributação”* (estabelecimento da empresa “Koisa Nossa”, como já relatado).

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, inexistindo provas em contrário à acusação fiscal, aplica-se ao caso o disposto no art. 136 do RPTA, *in verbis*:

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 desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Importa registrar que, 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:

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 desacobertada de documento fiscal;

(...)

Pelo exposto, considerando que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertas 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 desacobertada de documento fiscal, salvo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

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 10 do Auto de Infração.

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

Com efeito, a multa 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. Já a multa capitulada no art. art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, 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 -

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

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

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

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

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

(...)

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

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 AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886
MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Correta, também, a responsabilização tributária do sócio-administrador no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, fato não contestado pela Defesa:

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 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.

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 intenção de fraudar o Fisco mineiro.

O 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

Por fim, a Impugnante solicita seja o PTA encaminhado ao Exmo. Secretário de Estado de Fazenda para que seja anulado parcialmente o crédito tributário, especificamente, as multas sejam reduzidas até o limite de 100% do valor do tributo, nos termos do art. 101 do RPTA.

Veja-se o dispositivo mencionado:

Art. 101. O Secretário de Estado de Fazenda poderá, por meio de resolução, determinar a não constituição ou o cancelamento de crédito tributário:

I - em razão de jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal contrária ao Estado, observado parecer normativo da Advocacia-Geral do Estado;

II - de valor inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais (UFEMGs).

(...)

Portanto, o art. 101 do RPTA trata de controle de legalidade exercido pela Advocacia-Geral do Estado após a decisão irrecorrível na esfera administrativa proferida por este Órgão Julgador.

Ademais, como analisa o Fisco, “no inciso II do art. 101 do RPTA se encontra a regra que define os limites a serem observados para o cancelamento e a não formalização de crédito tributário, portanto não guarda nenhuma similaridade com redução de multas”.

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

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

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Salienta-se que a aplicabilidade do referido artigo não depende da formalização do processo de exclusão do contribuinte no regime do Simples Nacional, por meio de Termo de Exclusão, como alegado pela Impugnante, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

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

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 desacobertadas 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 n.º 140/18. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar n.º 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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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:

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 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

(...)

(Grifou-se)

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, de forma reiterada.

A Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às reiteradas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e, então, emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, (págs. 69).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Tendo sido regularmente intimada do Termo de Exclusão, a Autuada não o impugnou, hipótese em que este se torna efetivo, conforme estabelece o § 4º do art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18, a saber:

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 83.

(...)

§ 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)

(...)

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Dimitri Ricas Pettersen (Revisor) e Gislana da Silva Carlos.

Sala das Sessões, 22 de maio de 2024.

Aleandro Pinto da Silva Júnior
Relator

Cindy Andrade Morais
Presidente

CSP