

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.769/21/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001207111-31
Impugnação: 40.010148146-50, 40.010148149-94 (Coob.), 40.010148148-11 (Coob.)
Impugnante: Regional Soldas e Ferramentas Ltda
IE: 223180821.00-27
Anderson Vasconcelos Pereira dos Santos (Coob.)
CPF: 396.978.058-65
Edson Hiroci Suga (Coob.)
CPF: 433.443.996-91
Proc. S. Passivo: Túlio César Silva/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

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

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada com as notas fiscais emitidas no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Infração caracterizada. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação, art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, com adequação ao disposto no inciso I, § 2º deste artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/14 a 30/06/18, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado e devidamente extraídos dos arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento autuado com a escrituração fiscal da Autuada.

Em razão da prática reiterada de saídas desacobertas de documentação fiscal, propõe-se ainda a exclusão da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional, conforme Termo de Exclusão às fls. 15.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no inciso I, § 2º do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 162/208, acompanhada dos documentos de fls. 209/5.071, com os argumentos infra elencados:

- informa que emite documentos fiscais em todas as operações de venda e que haveria uma insubsistência material no Auto de Infração;

- esclarece que “o sistema denominado EMPRESA002 era utilizado como plataforma de testes e simulações, com o intuito meramente orçamentário, sendo que todas as informações ali contidas, quando concretizadas em vendas, eram replicadas para o sistema Empresa 001 e, imediatamente, emitido o documento fiscal pertinente, notas fiscais eletrônicas ou cupons fiscais”;

- salienta que “nem todas as operações contidas no relatório fiscal, extraídas do sistema Empresa 002, se converteram em vendas, mas todas aquelas convertidas foram replicadas para o sistema Empresa 001, para a efetiva emissão do documento fiscal;

- aduz que “resta evidente que a Fiscalização se equivocou na exigência fiscal, eis que não houve qualquer vinculação dos orçamentos com a escrita contábil ou fiscal, bem como com a movimentação de estoque;

- destaca que “não cabe ao Autuado produzir prova da não ocorrência do fato gerador, mas sim, a Fiscalização produzir provas concretas, fora do mundo das presunções e ficções, pelo estrito rigor do art. 142 e parágrafo único do Código Tributário Nacional, que incube ao Fisco o dever de verificar a sua ocorrência no ato do lançamento, que é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional;

- aponta que “o Fisco, nas situações não incluídas na sistemática da substituição tributária, não considerou os créditos do ICMS em decorrência das

entradas das mercadorias, bem como os valores recolhidos à título de antecipação do ICMS em virtude da diferença da alíquota interna para a interestadual;

- sustenta ser incorreta a exclusão do Simples Nacional, diante da inexistência da infração;

- relata que não há cabimento da multa isolada, pois entende ser caso de “flagrante *bis in idem* na comunicação de dupla penalidade sobre os mesmos fatos jurídicos”;

- entende que as multas violam os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade;

- assevera que a inclusão dos sócios não teria amparo legal, diante da ausência de provas que pudesse enquadrar nas hipóteses previstos do art. 135, inciso III do CTN e § 2º, inciso II do art. 21 da Lei nº 6.763/75;

- requer a produção de prova pericial e apresenta quesitos às fls. 204/205.

Pede a procedência da impugnação.

Igualmente inconformados os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 5.078/5.085, reiterando os argumentos apresentados pela Autuada, no que tange a regular emissão de documentos fiscais e a não comprovação de atos tipificados no art. 135 III do CTN e no § 2º inciso II da Lei 6763/75.

Acatando parcialmente as razões da Defesa a Fiscalização promove a reformulação do Crédito Tributário de fls. 5.095 e acosta aos autos os seguintes documentos:

- Auto de Infração – Demonstrativo do Crédito Tributário, fls. 5.096/5.098.

- Mídia eletrônica – CD, fls. 5.099.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 5.105/5.115.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 5.118/5.139, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento nos termos da reformulação efetuada.

Em sessão realizada em 12/09/19, a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG acorda, em preliminar, à unanimidade, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação, demonstre e comprove a correlação entre as operações objeto do lançamento e correspondentes documentos fiscais que alega terem sido emitidos, bem como a alegada não concretização das operações listadas como pedido/orçamento. O prazo estabelecido para o cumprimento da presente deliberação, superior aos 10 (dez) dias previstos no art. 157 do RPTA, justifica-se pela complexidade na obtenção das informações e/ou documentos solicitados. Pelos Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Túlio César Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume, (fls. 5.146).

Aberta vista a Impugnante manifesta-se às fls.5.150/5.151 e acosta mídia eletrônica – CD de fls.5.152 e documentos de fls. 5.159/5.165.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 5.167/5.169.

Em sessão realizada em 13/02/20, a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG decide converter o julgamento em diligência para que a Fiscalização trouxesse aos autos os arquivos eletrônicos que foram apreendidos, copiados de acordo com o AAD nº 006810 e "Auto Múltiplo de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais", bem como todos os documentos extrafiscais que foram apreendidos, desde que utilizados para embasar o lançamento (fls.5.172).

A Fiscalização manifesta-se às fls. 5.176 e acosta aos autos a mídia eletrônica – CD de fls. 5.177 e os documentos de fls. 5.178/5.296.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 5.303/5.306 e colaciona os documentos de fls. 5.307/5.478.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 5.482/5.483.

DECISÃO

Das Preliminares

Da Nulidade do Auto de Infração

Argui a Defesa ser nulo o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF e o Auto de Infração, diante da ausência de renovação do prazo previsto no § 3º do art. 70 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos -RPTA. Sustenta ainda a nulidade do Auto de Apreensão e Deposito, diante de um suposto abuso no procedimento de Fiscalização.

A Impugnante suscita a ocorrência de cerceamento do direito de defesa e contraditório, diante da ausência de documentos no PTA, como os arquivos digitais da escrituração contábil digital de 2014/2017 e extratos bancários de 01 de janeiro de 2014 a agosto de 2018, que a própria Contribuinte teria encaminhado à Fiscalização, em atendimento ao AIAF.

Os Coobrigados sustentam nulidade diante da ausência de intimação quanto ao início da ação fiscal.

Entretanto, não assiste razão a Autuada e tampouco aos Coobrigados, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. 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), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

A Impugnante argui, ainda, a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de ausência regular do Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF, bem como por considerar inidôneo o procedimento adotado pela Fiscalização na ação empreendida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Preliminarmente é importante destacar que a Impugnante fora devidamente intimada do AIAF, conforme denota-se do documento de fls. 03. Sendo certo que o AIAF, fls. 02, destaca que trata de início da ação fiscal, indica os documentos solicitados – no item 4, no qual cita o prazo para a sua respectiva apresentação, qual seja, 10 dias.

Sendo certo que de acordo com o art. 70 do RPTA, não é a ação fiscal que tem obrigatório prazo de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais noventa, e sim, a suspensão do direito à autodenúncia.

O fato de a Impugnante ter sido cientificada do Auto de Infração após o expirado o prazo de validade inicial do Auto de Início de Ação Fiscal, 90 (noventa) dias, não acarreta a nulidade do lançamento, por expressa previsão legal contida no art. 70, § 4º do RPTA, *in verbis*:

Art. 70. (...)

§ 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. (Grifou-se)

No que tange ao Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 006810, relaciona o que fora apreendido, “volume lacre nº 003971 contendo diversos documentos/pedidos”. Sendo que às fls. 149 contém o auto múltiplo de cópiagem e autenticação de arquivos digitais que fora assinado por um representante da empresa.

Cabe destacar que o procedimento fiscal encontra respaldo na legislação tributária, em especial no art. 195 do Código Tributário Nacional (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, arquivos, programas e meios eletrônicos vinculados, direta ou indiretamente, à escrita fiscal e comercial do contribuinte quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária:

Art. 42 - Dar-se-á a apreensão de mercadorias 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.

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco: I - mercadorias e bens;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Nos termos do art. 44 da Lei nº 6.763/75, abaixo mencionado, a autorização judicial para busca e apreensão de documentos, bens, objetos, dentre outros, somente é necessária quando estes não estiverem em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional, o que não é o caso dos presentes autos, pois os documentos extrafiscais foram regularmente apreendidos no estabelecimento comercial e em horário em que se encontrava aberto ao público.

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.

Parágrafo único - A busca e a apreensão de que trata o caput deste artigo também dependerá de autorização judicial quando o estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional for utilizado como moradia.

Assim, há direito outorgado aos agentes do Fisco de poder verificar, durante a fiscalização tributária, quaisquer documentos do contribuinte que estejam relacionados com fatos geradores de obrigações tributárias, como no caso ora em análise.

Induidoso que a Autuada e Coobrigados compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

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

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, as arguições de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/14 a 30/06/18, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos no

estabelecimento atuado e devidamente extraídos dos arquivos magnéticos copiados do banco de dados do estabelecimento atuado com a escrituração fiscal da Atuada.

Em razão da prática reiterada de saídas desacobertas de documentação fiscal, propõe-se ainda a exclusão da Atuada do regime de tributação do Simples Nacional, conforme Termo de Exclusão às fls. 15.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no inciso I, § 2º do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75.

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

A Impugnante, *a priori*, pleiteia que seja considerado decaído parcialmente o direito da Fiscalização de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 10 de abril de 2014, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública Estadual tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Entretanto, no presente caso não se aplica a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN, eis que a irregularidade apontada diz respeito a saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais com a escrituração fiscal da Atuada, não havendo que se falar em homologação de ato que tem por propósito diminuir ou anular a obrigação tributária principal ou de ato inexistente.

Ausente a antecipação do pagamento a que se refere o art. 150 do CTN, o lançamento por homologação não se aperfeiçoa, dando lugar ao lançamento de ofício. Infere-se, então, que o direito do Fisco, *in casu*, está circunscrito à regra geral estabelecida pelo art. 173 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além do mais, tratando de imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais com a escrituração fiscal da Autuada, conclui-se, também, pela inaplicabilidade do dispositivo arguido pela Defesa, tendo em vista a caracterização da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme ressalva ao final do dispositivo.

Reitera-se que constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (GRIFOU-SE)

Mais recentemente, pronunciou-se o STJ, no Agravo Regimental nos EDcl no REsp 1264479/SP, em acórdão de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, publicado em 10/08/16.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

E também no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 533.405 –RS (2014/0144927-8):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 973.733/SC, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU A COMPREENSÃO DE QUE NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ O PAGAMENTO ANTECIPADO – CASO DOS AUTOS -, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É AQUELE ESTABELECIDO NO ART. 173, I, DO CTN.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2014 somente se espiraria em 31/12/19, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 10/04/19, conforme Aviso de Recebimento – AR de fls.157.

Quanto às exigências apontadas no Auto de Infração, a ação fiscal iniciou-se com a apreensão de documentos extrafiscais e copiagem de arquivos, compreendendo os exercícios de 2014/2019, conforme Auto de Apreensão e Depósito – AAD de nº 006810, cuja cópia encontra-se às fls. 148 dos autos.

Com as informações consignadas nos documentos extrafiscais, a Fiscalização apurou o montante de saídas reais, deduzindo as saídas regularmente acobertadas por documentação fiscal.

Registra-se que os documentos extrafiscais contêm a identificação da empresa, como CNPJ, telefone, nome do vendedor, data da emissão e o usuário – VENDAS 2.

Ressalta-se que todas as notas fiscais de venda de mercadorias foram consideradas quando da formação do crédito tributário, ora em discussão.

Quanto ao procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, conforme mencionado em preliminar, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inciso I do RICMS/02 e art. 196 do Código Tributário Nacional - CTN, nos seguintes termos:

RICMS/02

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

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

(...)

CTN

Art. 196 - A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único - Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Não procede o argumento de defesa de que, para cada documento extrafiscal encontrado, houve a regular emissão de nota fiscal, pois a Impugnante não faz qualquer vinculação desses documentos com sua escrita fiscal.

Cumpra mencionar que a legislação mineira autoriza o uso de documentos internos que são auxiliares às vendas, porém, como registrado pela Fiscalização, a Impugnante não seguiu o roteiro legal a tal *mister*.

Conforme elucidado pela Fiscalização, o lançamento teve origem em operação de busca e apreensão no estabelecimento do Contribuinte, onde foram efetuadas cópias de arquivos digitais armazenados no servidor da rede de computadores da empresa e em computador da área fiscal/contábil. Também foram apreendidos vários documentos extrafiscais encontrados sobre mesas e armários do estabelecimento.

Os arquivos eletrônicos foram regularmente apreendidos no estabelecimento do Contribuinte, copiados de acordo com AAD nº 006810 e “Auto Múltiplo de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais”.

Foi utilizado equipamento de computação FORENSE para a realização de cópias dos discos internos (HD). Dessa forma, as próprias imagens produzidas a partir dessas cópias e todos os seus arquivos recuperados são autenticados por códigos “HASH”, padrão internacional, que garantem a integridade e autenticidade das evidências coletadas.

Por meio da análise dos arquivos digitais armazenados no servidor da rede de computadores da empresa, constatou-se a existência de dois HDs, um deles tinha

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

única função de “espelhamento”, isto é, cópia automática de segurança de dados armazenados no HD principal. Foram analisados neste servidor, os arquivos de banco de dados (Firebird) do sistema gestor utilizado efetivamente pela empresa.

Foram encontrados dois sistemas gestores idênticos, de mesmo fornecedor, com estruturas de banco de dados separadas e registros de transações comerciais com numeração de controle distintos.

Um sistema, denominado ‘Empresa001’, no qual foram encontrados registros de controles de pedidos de compra e venda, emissão de cupons fiscais e NFe, e contas a receber, e outro, denominado “Empresa002”, no qual foram encontrados registros de controles de pedidos de venda e de contas a receber.

Verificou-se que o sistema “Empresa001” possuía as informações comerciais que eram transmitidas à Receita Estadual, enquanto o sistema “Empresa 002” continha a existência de um banco de dados para controle de vendas de mercadorias sem a devida emissão de documentos fiscais.

Ambos com cadastros e controles totalmente distintos, comprovadamente utilizados, em paralelo, pela empresa fiscalizada.

Todos os dados copiados foram devidamente compilados em planilhas, que representam todas as informações fruto das imagens obtidas no estabelecimento autuado e configuram o controle extrafiscal digital de suas operações.

Com base nessas planilhas, foi realizado o confronto entre o banco de dados extrafiscal e as informações prestadas oficialmente pela Contribuinte à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais -SEF/MG, por meio das declarações e arquivos eletrônicos enviados e documentos fiscais emitidos.

As planilhas relativas a esse confronto, que foram utilizadas para apuração do *quantum* devido e que não puderam ser anexadas de forma impressa integralmente, foram gravadas em meio eletrônico e gerados códigos de autenticidade para cada arquivo (MD-5), conforme CD intitulado “Anexos ao Auto de Infração nº 01.001207111-31” anexado as fls. 152 dos autos, permitindo ao Sujeito Passivo o acesso ao inteiro teor dos dados e, conseqüentemente, garantindo ampla defesa e o direito ao contraditório.

Na busca da verdade material, a Câmara de Julgamento ainda determinou a juntada de todos os documentos e arquivos que foram apreendidos na empresa. O que foi devidamente atendido pela Fiscalização, conforme denota-se dos documentos de fls. 5.176/5.296. O Contribuinte e os Coobrigados foram devidamente intimados da juntada e tiveram acesso aos respectivos documentos, conforme consta da petição de fls. 5.300.

No Anexo VI do Auto de Infração foram relacionados todos os pedidos referentes às vendas de mercadorias desacobertadas, sendo que para cada uma das operações desacobertadas de documentação fiscal constam, dentre outras informações, a data da operação, o número do pedido, o código e descrição do produto e o valor.

No Anexo III do Auto de Infração foram relacionados todos os cupons fiscais emitidos e no Anexo IV foram relacionados todos os cupons emitidos por item,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

detalhando o equipamento emissor do cupom fiscal, data da emissão, o código e a descrição do produto entre outros.

Foram verificados os pedidos relacionados no Anexo VI com os cupons fiscais emitidos, não tendo sido verificada nenhuma relação.

Do mesmo modo foi efetuada a conferência dos pedidos referentes às saídas desacobertas (Anexo VI) com as notas fiscais emitidas relacionadas no Anexo I e detalhadas nos Anexos II e V.

No Anexo V foram relacionados os pedidos emitidos no período vinculando cada um com a respectiva nota fiscal de saída.

No Anexo II foram relacionadas todas as notas fiscais de saídas emitidas no período vinculada ao respectivo pedido, detalhando inclusive os produtos vendidos.

Assim, restou comprovado que os pedidos relacionados no Anexo VI, e que foram objetos da autuação, se referem às vendas desacobertas de documentação fiscal, não procedendo a alegação de que o sistema denominado “Empresa002” era utilizado como plataforma de testes e simulações, com o intuito meramente orçamentário.

Por oportuno, é importante ressaltar que, conforme relatórios anexados as fls. 17/37, percebe-se claramente que a Impugnante mantinha um controle rigoroso dos pedidos emitidos, sendo totalmente possível a vinculação com os cupons fiscais, se estes tivessem realmente sido emitidos.

A título de exemplo, podemos mencionar o pedido nº 47.513 de 07/12/17, cuja cópia foi anexada as fls. 80 dos autos. Percebe-se que se trata da venda de uma “Serra Circular 9. ¼ x 36 Diamante Azul” a consumidor final. Venda efetivamente concretizada tendo em vista o carimbo de “pago” aposto no pedido. Resta claro, que não foi emitida nenhuma nota fiscal para este pedido, conforme verifica-se nos Anexos II e V.

Quanto ao cupom fiscal, filtrando a planilha do Anexo IV – “Relação de Cupons Fiscais emitidos por item”, por “Desc. do Prod.”, percebe-se que também não foi emitido nenhum cupom fiscal de venda da mercadoria nesta data, ou até mesmo em data próxima.

Do mesmo modo, conforme destacado pela Fiscalização, os pedidos nºs 47.440 e 47.441 (fls. 65) emitidos em 04/12/17, que também se referem a venda efetivamente concretizada tendo em vista o carimbo de “pago” apostos nos pedidos, e que não foi emitido nenhum cupom ou nota fiscal da mercadoria, lembrando que todos os demais pedidos seguem a mesma linha de raciocínio.

Assim, o fato de os pedidos referentes a mercadorias destinadas a consumidor final não identificar os destinatários, assim como os cupons fiscais, não torna impossível a vinculação de um com outro, como afirma a Impugnante.

Na tentativa de vincular os pedidos objetos da autuação com os respectivos documentos fiscais a Impugnante elabora planilha na qual especifica os números dos pedidos, número, data de emissão e valor da nota fiscal emitida.

Em análise da documentação apresentada, constatou-se que alguns pedidos coincidiram em data, valor e destinatário com as notas fiscais emitidas, e foram excluídos da autuação fiscal, mediante lavratura do Termo de Reformulação do Lançamento, acostado às fls. 5.095/5.099.

Assim, quando a imputação fiscal é de saídas desacobertas e contiverem os autos provas de procedimento do contribuinte que induza a tal conclusão, cabe a este comprovar inequivocamente o contrário, sob pena de considerar-se provada a irregularidade.

Por oportuno, é importante destacar que fora oportunizado ao Contribuinte apresentar provas de suas alegações, todavia, apresentou planilhas que não comprovam suas alegações, na realidade, em determinadas hipóteses são contraditórias.

A título de exemplo, o pedido nº 46.853, que consta na planilha de fls. 5.161, justifica que a venda teria sido concretizada com outro item. Mas no arquivo que consta do CD, colacionado às fls. 5.165, consta como justificativa que este pedido na realidade não teria sido realizado. Lado outro, às fls. 5.180 é possível apurar que, no documento apreendido na empresa, trata de um pedido que consta a oposição de um carimbo “PAGO” c/ cartão.

Outro exemplo, o pedido nº 46.855, na planilha de fls. 5.161 informa como justificativa que a venda foi concretizada com menos item. Todavia, a planilha que consta no CD, acostado às fls. 5.165, informa que a operação não fora realizada. Registra-se, por oportuno, às fls. 5181 contém o documento que foi apreendido na empresa, no qual consta que o pedido foi pago. O que se repete em diversas outras hipóteses, comprovando a contradição nos próprios fundamentos que foram apresentadas pelo Contribuinte, com as demais provas que constam nos autos.

A Impugnante sustenta a impossibilidade de ter ocorrido saídas sem documentos fiscais, mencionando que, em análise no inventário de mercadorias, a título de exemplo, no dia 02/06/18, sequer era possível concretizar a venda, pois faltaria mercadorias em estoque.

Entretanto, o levantamento quantitativo é uma das técnicas de fiscalização, mas não a única. Por vezes, o levantamento quantitativo pode não ser a técnica adequada, haja vista a prática adotada pela Autuada de adquirir e vender mercadorias desacobertas de documentação fiscal, não permitir a apuração dessas operações sem que se lance mão de controles paralelos, como ocorreu no presente caso. Os quais, por decorrência lógica, não são documentos fiscais e podem, como no caso em tela, serem documentos extrafiscais.

Não se trata de presunção de saídas desacobertas, mas da constatação das saídas de mercadorias desacobertas com base nos arquivos eletrônicos copiados e autenticados, existentes nos computadores localizados no estabelecimento da Autuada.

Quanto à efetividade financeira das transações, importante mencionar que consta de diversos pedidos relacionados no Anexo VI e anexados às fls. 38/92 as anotações “pago”, “cartão” e várias outras que confirmam, de forma incontestável, que a venda efetivamente se realizou.

Assim não há que se falar em orçamentos não realizados, como sugere a Impugnante.

Afirma que a Fiscalização levantou os dados com base em informações contidas no sistema de gestão da empresa e não intimou o Contribuinte para qualquer manifestação, entretanto os próprios argumentos trazidos pela Impugnante no bojo de sua peça defensiva, por si só, demonstram que ela teve perfeito e necessário entendimento das acusações que lhe foram imputadas.

Alega que houve violação ao princípio da não cumulatividade do ICMS, tendo em vista que o Fisco não considerou os créditos do imposto em decorrência das entradas das mercadorias, bem como os valores recolhidos a título de antecipação do ICMS em virtude da diferença da alíquota interna para a interestadual.

Entretanto, não há que se abater os créditos pelas aquisições de mercadorias no cálculo do ICMS decorrente das saídas desacobertadas, conforme pleiteado pela Impugnante, em face do encerramento do prazo para recolhimento do imposto, nos termos do art. 89, inciso I, do RICMS/02:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

(...)

Ademais, os valores de ICMS provenientes das aquisições de mercadorias poderão ser apropriados, a título de crédito, pelo Contribuinte quando da recomposição do débito, nos respectivos períodos, tendo em vista a sua exclusão do regime do Simples Nacional, em estrita observância ao princípio da não-cumulatividade do imposto.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XVIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Cita-se, ainda, outras decisões mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: (TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv: 10000160548889001 MG, Relatora Desa. Heloisa Combat, Data de Julgamento:10/11/16, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/16), (TJ-MG - Apelação Cível: 10024134145317001 MG, Relator Des. Claret de Moraes - JD Convocado, Data de Julgamento: 12/04/16, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/04/16) e (TJ-MG - Apelação Cível: 10024122591779003 MG, Relatora Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 28/04/16, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/05/16).

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 documentação fiscal, no período de janeiro de 2014 a junho de 2018, ou seja, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI, da Lei Complementar n.º 123/06, e inciso IV, alíneas "d" e "j", e § 3º e 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11.

Veja-se a legislação mencionada:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Atualmente, a Resolução CGSN nº 140/18 revogou a Resolução CGSN nº 94/2011 e está em vigor desde 01/08/18, conforme prescreve o art.154 da Resolução CGSN nº 140/18. No entanto, por força do art. 144 do CTN, pertinente reproduzir os dispositivos regulamentares vigentes à época dos fatos geradores, previstos na CGSN nº 94, de 29/11/11:

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

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

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

(...)

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

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

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11

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

I - da RFB;

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

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

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

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

Neste sentido, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional” (fls. 15).

No caso, o Contribuinte foi intimado da exclusão juntamente com o Auto de Infração, 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 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

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

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO 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 DE 29/11/11. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

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

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESÁRIO - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECISÃO MOTIVADA - OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO - REGULARIDADE - ICMS - BASE DE CÁLCULO - COMPENSAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO - INVIABILIDADE - MULTA ISOLADA - VALOR - REGULARIDADE - CARÁTER CONFISCATÓRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO - ART. 85, §11, DO CPC/2015 - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - APRESENTANDO-SE A SENTENÇA NOS MOLDES DO ARTIGO 489 DO NCPC, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AO §1º, INCISO IV, DO REFERIDO DISPOSITIVO, NECESSÁRIO CONCLUIR-SE PELA SUA REGULARIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR NA OCORRÊNCIA DE NULIDADE. - TENDO SIDO DEVIDAMENTE MOTIVADA A EXCLUSÃO DO AUTOR DO SIMPLES NACIONAL, COM A INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APLICÁVEIS E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, DEVE SER RECONHECIDA A REGULARIDADE DO ATO.

(...)

(TJMG- APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.169985-4/001, RELATOR(A): DES.(A) ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (JD CONVOCADO), 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/06/2017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 18/07/2017).

(...)

MÉRITO

PRIMEIRAMENTE ALEGA O APELANTE QUE SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ESTÁ EIVADA DE VÍCIO, POIS O LANÇAMENTO NÃO INDICA O MANDAMENTO CONTIDO NA LC 123/06 OU OUTRA LEGISLAÇÃO CORRELATA QUE DARIA SUPORTE AO ATO,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RESTANDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

TODAVIA, O DOCUMENTO DE F. 125/126, TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, APONTA AS RAZÕES PELAS QUAIS FOI O CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DO REGIME ESPECIAL, EXPONDO QUE:

NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JULHO/2007 A FEVEREIRO/2010, REITERADAMENTE, PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, AS QUAIS PERFAZEM UM VALOR TOTAL DE R\$1.894.005,31 (UM MILHÃO, OITOCENTOS E NOVENTA E QUATRO MIL, CINCO REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS), CONFORME DEMONSTRADO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO Nº 01.000166535.46.

ALÉM DISSO, FORAM INDICADOS OS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA TAL EXCLUSÃO, SENDO EXPRESSAMENTE CITADAS AS LEGISLAÇÕES E OS ARTIGOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS.

TAL TERMO FOI DEVIDAMENTE RECEBIDO E ASSINADO PELO APELANTE, LHE SENDO ASSEGURADA A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

(...) (GRIFOU-SE).

Frisa-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação do Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Pelo exposto, verifica-se que se encontra correta a exclusão da Autuada do regime simplificado do Simples Nacional.

Quanto a inclusão dos sócios como Coobrigados, diante das provas que constam nos autos, referente as operações realizadas desacobertadas de documento fiscal, restou comprovado a infração à lei tributária, com o que, é devido a responsabilidade solidária dos sócios-gerentes, administradores, diretores, dentre outros, na dicção do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN).

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

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: (grifou-se).

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ademais, o art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75 atribui responsabilidade solidária ao administrador, nos seguintes termos:

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,

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, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada. Já a multa capitulada no art. 55 da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

Assim, reiterando, a ausência de recolhimento integral da obrigação principal sujeita o contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75, e, existindo ação fiscal, a pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55 da mencionada lei.

Diante disso, não se vislumbra a ocorrência do *bis in idem* apontado pela Defesa em relação às penalidades exigidas pelo Fisco.

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

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação.

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

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

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

(...)

Com relação 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. (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 5095/5099. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Pelas Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Túlio César Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Fabíola Pinheiro Ludwig Peres. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Bernardo Motta Moreira e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 10 de junho de 2021.

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Revisor

CS/D