

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.920/18/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000897039-34
Impugnação: 40.010144913-20, 40.010144914-01 (Coob.)
Impugnante: LB Comércio Eireli
IE: 702796933.00-11
Lidia Bruzão Semenzin (Coob.)
CPF: 217.066.428-90
Proc. S. Passivo: Isabela Regina Semenzin/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada ao Fisco por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D), transmitidos à Receita Federal, e 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, c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

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 os arts. 75 e 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Entretanto deve ser considerada a exclusão do regime de tributação do Simples Nacional a partir de agosto de 2012, nos termos do art. 29, § 1º da referida Lei Complementar.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada ao Fisco por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016.

Exige-se 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.

Da Impugnação

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 19/56 e requerem, ao final, a procedência da impugnação.

Da Reformulação do Crédito Tributário e do aditamento à impugnação

A Fiscalização, às fls. 111/113, reformula o crédito tributário, para adequação dos valores da multa isolada nos termos da alteração promovida pela Lei nº 22.796/17.

Apesar de terem sido regularmente notificadas, as Impugnantes não se manifestam.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 118/131, refuta as alegações da Defesa e requer, portanto, a procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 139/152, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG, salvo em relação aos efeitos do Termo de Exclusão do Simples Nacional e pequenas alterações e acréscimos, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão.

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

As Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão do cerceamento do seu direito de defesa.

Alegam que a Autuada recebeu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) requisitando documentos referentes a 05 (cinco) anos de movimentações no prazo de 03 (três) dias úteis e que, sendo impossível o cumprimento desse prazo, solicitou a dilatação do mesmo.

Afirmam que a Fiscalização se manteve inerte quanto a este pedido e não houve nenhuma intimação dos Sujeitos Passivos quanto ao deferimento ou indeferimento da sua solicitação e, então, foram surpreendidas com o recebimento do presente auto de infração.

Primeiramente, destaca-se que, conforme se verifica dos autos, o trabalho foi desenvolvido com base na análise dos documentos fiscais e arquivos eletrônicos de envio obrigatório ao Fisco por parte da Autuada, além da documentação fornecida por administradora de cartões de crédito e/ou débito.

Ou seja, a Fiscalização obteve toda a documentação necessária à execução do seu trabalho e que, teoricamente, dependia da Autuada, eletronicamente.

A função primordial do AIAF é formalizar e cientificar o contribuinte do início da ação fiscal e do objeto da auditoria, impossibilitando, a partir de então, a denúncia espontânea de irregularidades tributárias relacionadas ao seu objeto e período de fiscalização, nos termos do art. 207 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08. A solicitação de documentos é facultada à autoridade fiscal, de acordo com sua necessidade e conveniência.

A Fiscalização, sobre o tema, explica que:

O auto de infração foi emitido, pois, o fisco julgou não haver necessidade imediata da apresentação de tais documentos para a conclusão do auto, deixando para a fase de impugnação a apresentação de tais informações. Conseqüentemente, o sujeito passivo poderia apresentar a documentação adequada, relativa as irregularidades contidas na peça fiscal tendo conhecimento da totalidade do PTA, da legislação aplicada ao fato, das multas, do ICMS exigidos e das infringências detectadas.

Há que se considerar que somente se poderia argumentar inobservância a direito de defesa a partir do momento em que formalizada a exigência fiscal e apontadas irregularidades em relação ao cumprimento de obrigações tributárias por parte da Autuada, o que se verificou, apenas, a partir da lavratura do Auto de Infração.

Portanto, percebe-se que em nenhum momento foi lesado o direito de defesa da Autuada para o presente Auto de Infração, pois quando de sua impugnação foram analisadas pela Fiscalização todas as suas alegações e documentação apresentada. Tal análise poderia resultar, inclusive, em reformulação do crédito tributário, caso os documentos apresentados comprovassem a regularidade das operações da Contribuinte.

Observa-se, ainda, que em função da análise da peça de defesa apresentada pelas Impugnantes, a Fiscalização intimou a Autuada a apresentar alguns documentos que comprovassem as suas alegações (fls. 104), entretanto, diante de tal oportunidade, as Impugnantes não se manifestaram.

Assim, indubitável 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.

Ressalte-se que 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 RPTA.

Além do mais, conforme disposições regulamentares, foram concedidos às Autuadas 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.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada ao Fisco e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016.

Exige-se 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.

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos: AIAF Nº 10.000023701.47 (fls. 02), Auto de Infração (fls. 04/06), Relatório Fiscal (fls. 07/11) e os anexos I a IV que se encontram em mídia eletrônica – CD (fls. 12).

Às fls. 30 consta o Termo de Exclusão do Simples Nacional com a motivação/fundamentação de prática reiterada de infração, nos termos do art. 29, incisos V e XI, § § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c Resolução CGSN nº 94/11.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte, a Fiscalização constatou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

As Impugnantes alegam, em sua defesa, que o procedimento fiscal de apuração de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal baseou-se apenas nas informações fornecidas por empresas operadoras de cartão de crédito, portanto, entendem que o Fisco se baseou em mera presunção e que os indícios relatados no auto de infração não são meios idôneos para justificar o lançamento tributário.

Todavia, razão não lhes assiste, conforme se verá.

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

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria se encontra regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *ipsis litteris*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ressalta-se que as informações prestadas pela Autuada e pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com vendas informadas pela Contribuinte.

Desse modo, não assiste razão às Impugnantes quando alegam que o procedimento se baseou em provas insuficientes.

As Impugnantes arguem que os valores recebidos pela operadora de cartão foram estornados aos clientes em razão de desistência da compra ou falta de produto em estoque e anexam extratos da conta corrente bancária na tentativa de demonstrar que as supostas vendas não foram efetivadas.

Para dirimir qualquer dúvida, a Fiscalização intimou a Autuada (fls. 104) a apresentar os seguintes documentos:

- Cópia dos cheques emitidos em favor do Sujeito Passivo apresentados nos extratos bancários de fls. 73/86, que foram apontados pelas Impugnantes como estorno de valores de vendas canceladas pelos clientes da empresa;

- Documentos que atestem as operações de venda (pedido, contrato, recibo, Nf-e de venda, entre outros...) e todos os documentos que posteriormente evidenciem o cancelamento da operação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Razão social, nome, CNPJ, CPF, inscrição estadual, dos clientes envolvidos em cada uma das operações assinaladas;
- Descrição das mercadorias adquiridas pelos clientes no ato das operações, bem como suas quantidades, valores e endereço de destino;
- Quaisquer outros documentos que julgassem necessários à comprovação da regularidade de suas operações.

Contudo, as Impugnantes não comparecem aos autos.

A Fiscalização assim deixou consignado, em sede de manifestação fiscal:

Como pode-se notar a Impugnante, utiliza-se de apenas subterfúgios para não apresentar os espelhos dos cheques e outras informações sobre os “clientes”. Tais informações poderiam comprovar para quem realmente foi repassado os valores recebidos pela autuada oriundos das Administradoras de Cartão de Crédito/Débito. Deste modo, sem apresentação destes comprovantes, fica claro que estes valores podem ter sido repassados para qualquer pessoa, até mesmo terem sido sacados pela própria empresa ou terceiros que não sejam seus teóricos clientes, num possível desfazimento de negócio como aduz a douda procuradora da Impugnante.

Portanto, em busca da verdade material, que deve nortear o procedimento administrativo, foi oferecida à Autuada a oportunidade de comprovar suas alegações.

No entanto, nenhuma prova veio aos autos.

As Impugnantes aduzem que a Fiscalização deixou de considerar toda sua documentação contábil que evidenciaria a ausência de estoque ou de documentos fiscais de compra de mercadorias.

A Fiscalização analisa toda a argumentação das Impugnantes e conclui que:

Se realmente como afirma a Impugnante houve a devolução dos valores recebidos aos seus clientes, porque em momento algum em sua defesa, ela informa quem seria estes clientes e quais produtos lhe foram vendidos? Como uma empresa criada para a comercialização no atacado de defensivos agrícolas, adubos, fertilizantes e corretivos do solo, durante o período de 01/2012 a 06/2017 não auferiu nenhuma receita ou emitiu, que seja, uma nota fiscal de saída, mas mesmo assim realizada vendas através de cartão de crédito/débito? Qual é a receita desta empresa, haja vista que, todas as vendas realizadas através de cartão de crédito/débito, no período em questão, foram canceladas e seus valores devolvidos aos seus clientes?

Como pode-se notar, são vários questionamentos que a Impugnante não trouxe em sua Impugnação respostas ou provas para se defender, a não ser ilações de que foram feitas vendas, porém, estas foram canceladas e os respectivos valores devolvidos aos seus clientes, sem a

apresentação de qualquer documento que pudesse comprovar realmente este fato, já que uma simples emissão de cheque, não comprova para quem foi devolvido ou repassado estes valores.

Torna-se pertinente pontuar, ainda, que, via de regra, em operações realizadas por contribuintes no intuito de sonegar tributos, promovendo saídas de mercadorias sem o devido acobertamento fiscal, não se formaliza a escrituração contábil das entradas das mercadorias adquiridas, muitas das vezes também adquiridas sem a devida emissão de documentos fiscais.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Registra-se, por oportuno, que a Fiscalização, às fls. 111/113, corretamente reformulou o crédito tributário para adequar a multa isolada exigida nos termos do inciso I, do § 2º, do art. 55 da Lei nº 6.763/75, alterado pelo art. 19 da Lei nº 22.796/17, em observância ao disposto na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN.

Lei nº 22.796/17

Art. 19 - Os incisos I e II do § 2º do art. 55 da Lei nº 6763, de 1975, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Art. 55 -

(...)

§ 2º

(...)

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

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou da prestação” (Grifou-se)

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Cumprir registrar que autuação idêntica já foi objeto de apreciação por este Egrégio Conselho, figurando no polo passivo a empresa ora Autuada, relacionada a operações realizadas no período de janeiro a dezembro de 2011, cuja decisão, consubstanciada no Acórdão nº 22.861/18/3ª, foi pela procedência parcial do lançamento, para adequar a Multa Isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, alterado pelo art. 19 da Lei nº 22.796/17.

Por outro lado, as Impugnantes argumentam que não se justifica a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional, alegando que não houve saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal e requerem a suspensão dos efeitos da exclusão até o término do julgamento da impugnação na esfera administrativa e, ainda, caso sejam ultrapassados todos os seus argumentos anteriores, que a exclusão tenha efeitos a partir da data da ciência do ato declaratório executivo.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

No caso, a Contribuinte foi intimada do Termo de Exclusão do Simples Nacional juntamente com o Auto de Infração conforme Aviso de Recebimento (AR) acostado às fls. 16 dos autos, 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 - CC/MG 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não obstante os argumentos das Impugnantes, 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 e inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11. 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.

(...)

§ 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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resolução CGSN nº 94/11:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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 sem a devida emissão de documentos fiscais.

O marco inicial, para efeitos da exclusão, foi considerado pela Fiscalização como sendo janeiro de 2012.

Entretanto, a teor do disposto no § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 e inciso IV do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11, acima transcritos, a exclusão produz efeitos a partir do mês em que incorridas as infringências constatadas pelo Fisco, isto é, a prática reiterada de infração, que restou configurada no caso dos autos, nos termos do inciso I do § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06, e inciso I do § 6º do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11, somente em agosto de 2012.

Logo, agosto de 2012 é o termo inicial para efeitos de exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional.

Quanto à inclusão no polo passivo da empresária Lidia Bruzão Semenzin, que é a responsável pela administração da sua empresa individual, cumpre destacar que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

os fundamentos da empresa individual estão estabelecidos no Código Civil, nos arts. 966 e 967, *in verbis*:

Código Civil

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

(...)

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

De acordo com o conceito legal de empresário tem-se que não há distinção de personalidade jurídica entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Para todos os efeitos legais é pessoa física, embora inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ. Não há separação do patrimônio da pessoa física e jurídica e a responsabilidade patrimonial é ilimitada.

Essa também é a posição adotada pela jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. PENHORA. PATRIMÔNIO. TOTALIDADE. NO REGIME JURÍDICO APLICADO AOS EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS (ARTS. 966 E SS. DO CÓDIGO CIVIL) **NÃO HÁ SEPARAÇÃO ENTRE PATRIMÔNIO PESSOAL E PATRIMÔNIO DA EMPRESA, DE MODO QUE TODO O PATRIMÔNIO DO EMPRESÁRIO ESTÁ SUJEITO À PENHORA NA EXECUÇÃO FISCAL.** (TRF/4ª REGIÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO 0013203-60.2012.404.0000 – 2ª TURMA DO TRF – DES. LUIZ CARLOS CERVI – JULGADO EM 19.02.2013) (GRIFOU-SE)

Há que se estacar que a empresária individual tem conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as vendas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal tem como finalidade suprimir o tributo devido.

Assim, correta a eleição da Coobrigada para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN c/c os arts. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

Art. 21 -

(...)

§ 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.

Registra-se que as Impugnantes não contestam a inclusão da Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 111/113. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional, para que os efeitos do Termo de Exclusão sejam considerados somente a partir de agosto de 2012. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura e Hélio Victor Mendes Guimarães.

Sala das Sessões, 12 de setembro de 2018.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor**

**Luiz Geraldo de Oliveira
Relator**