

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.512/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001209271-34
Impugnação: 40.010148000-47
Impugnante: Fernando Nogueira Resende
IE: 002404135.00-42
Coobrigado: Fernando Nogueira Resende
CPF: 074.553.756-11
Proc. S. Passivo: Wesley Silva Monteiro/Outro(s)
Origem: DF/Varginha

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde ilimitadamente pelos créditos tributários constituídos, nos termos do art. 21, § 2º, da Lei nº 6.763/75, c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária. No caso presente, há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária. Legítima a sua inclusão no polo passivo.

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 o valor do faturamento declarado pela Autuada ao Fisco (DAPI) 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. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c o § 2º, inciso I, do referido 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, inciso 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. Entretanto, deverão ser considerados os efeitos do Termo de Exclusão a partir de outubro de 2017, nos termos do art. 29, inciso V c/c § 9º, inciso I do citado artigo da Lei Complementar nº 123/06.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, no mês de fevereiro de 2017 e, ainda, no período de outubro de 2017 a dezembro de 2018, apuradas mediante confronto entre as informações obtidas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, com os dados constantes nas declarações mensais emitidas via Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório – PGDAS-D, apresentadas pela Autuada.

A empresa está classificada no CNAE 5611-2/01 – restaurantes e similares, e optou pelo regime de recolhimento do Simples Nacional, a partir de 01/08/14.

Foi emitido o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF nº 10.000028972.69, cuja intimação ao Contribuinte foi realizada em 18/03/19 (fls. 02/04).

Exigem-se o ICMS, a Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II, e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, estando esta segunda multa submetida à limitação imposta pelo § 2º, inciso I deste artigo, sendo todos da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, a Fiscalização a excluiu do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, conforme art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da Lei nº Complementar nº 123/06 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 20755687/11707720/04122018, datado de 29/03/19, foi encaminhado à Autuada em 11/04/19, conforme documentos às fls. 18/19 e 21.

Foi eleito para polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o empresário individual arrolado no Auto de Infração (vide requerimento de empresário às fls. 48), nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

A Autuada e o Coobrigado foram intimados da emissão do Auto de Infração, respectivamente, em 11/04/19 e 15/04/19, conforme documentos às fls. 20 e 22.

Instruem os autos, Auto de Infração de fls. 05/10; Anexo III às fls. 11 e 13 e Anexo IV às fls. 12 e 14; Cópia de declarações emitidas via Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório, relativas aos meses de janeiro de 2018 e janeiro de 2019, às fls. 15/16; Cópia de Consulta dos Dados Atuais do Contribuinte (SIARE) às fls. 17.

Inconformada, a Autuada, tempestivamente e por seu procurador legalmente constituído, apresenta Impugnação às fls. 25/43, apresentando documentos às fls. 44/52.

À vista dos argumentos da Defesa, a Fiscalização anexa aos autos os seguintes documentos:

- Anexo II – Consolidação por Administradora (Totais Registro 66), às fls. 56/59;

- CD às fls. 60, no qual se encontra o arquivo do Excel denominado “Fernando Nogueira Resende.xlsx”, contendo a planilha “Detalhamento por Operação (Itens Registro 65)”, bem como a planilha “Consolidação por Administradora (Totais Registro 66).

Em decorrência da juntada de documentos promovida pela Fiscalização, foi reaberto o prazo para a Impugnante e o Coobrigado, por meio do Ofício nº 122/2019/GAB/AF/Varginha, datado de 28/08/19 (fls. 62/65), para vista, manifestação, aditamento da Impugnação ou pagamento. A correspondência à Autuada foi devolvida por motivo de mudança, conforme registro no verso das fls. 66.

Nova correspondência foi providenciada, cujo destinatário foi o dr. Sérgio Marques Rodrigues Júnior, procurador da Autuada, conforme substabelecimento às fls. 45 dos autos.

A Autuada e o Coobrigado aditam a Impugnação (fls. 71/76), opondo-se à juntada realizada pela Fiscalização às fls. 56/60 e reiterando demais argumentos já apresentados na Impugnação.

Vem, então, a Fiscalização a manifestar-se às fls. 79/89, refutando os argumentos da Defesa.

DECISÃO

Das Preliminares

Preliminar 1:

Os Impugnantes reclamam do prazo exíguo de cinco dias, concedido pela Fiscalização, por meio do AIAF, já referido no relatório acima, para que a Autuada apresentasse arquivos dos extratos PGDAS transmitidos por esta ao Banco de Dados do Simples Nacional, relativos ao período de agosto de 2014 a dezembro de 2018. Entendem que tal prazo, por sua dimensão, teria prejudicado o cumprimento da intimação.

O Auto de Início de Ação Fiscal encontra-se previsto no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, em seu art. 69, inciso I:

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);

O art. 70 deste mesmo Decreto trata da utilização do AIAF nos seguintes termos:

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

§ 1º A solicitação deverá ser cumprida pelo sujeito passivo imediatamente, ou no prazo estabelecido pela autoridade solicitante.

Como se vê acima, o *caput* do art. 70 prevê a utilização do AIAF para que a Fiscalização solicite do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, enquanto seu § 1º determina que a solicitação deverá ser cumprida pelo sujeito passivo de forma imediata, caso assim seja determinado pela Fiscalização, ou em prazo maior estabelecido por esta.

Lendo-se o campo “Informações, documentos requisitados e prazo para sua apresentação” do AIAF, às fls. 02, verifica-se que, de fato, a Fiscalização requisitou a apresentação dos arquivos dos extratos PGDAS-D, apresentados pela Autuada ao Bando de Dados do Simples Nacional, relativos aos períodos de agosto de 2014 a dezembro de 2018 e estabeleceu que a apresentação fosse feita no endereço da repartição fazendária de São Lourenço.

O prazo mencionado no AIAF é de **cinco dias úteis**. Como o AIAF foi enviado por meio dos Correios, o prazo inicia-se com o recebimento da correspondência.

A Fiscalização determina, ainda, que o Contribuinte deverá enviar os arquivos solicitados para o e-mail do Auditor Fiscal que emitiu o documento.

A partir de 01/08/14, a Autuada esteve sob o regime do Simples Nacional, e, por isto, obrigada a realizar o cálculo do valor devido, mensalmente, por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D), previsto no art. 37 da Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 37. O cálculo do valor devido na forma do Simples Nacional deverá ser efetuado por meio da declaração gerada pelo “Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D)”, disponível no Portal do Simples Nacional na Internet. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 133, de 13 de junho de 2017)

Efeitos de 29/11/06 a 12/06/17:

Art. 37. O cálculo do valor devido na forma do Simples Nacional deverá ser efetuado por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D), disponível no Portal do Simples Nacional na internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, §§ 15 e 15-A)

§ 1º A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá, para cálculo dos tributos devidos mensalmente e geração do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), informar os valores relativos à totalidade das receitas correspondentes às suas operações e prestações realizadas no período, no aplicativo a que se refere o caput, observadas as demais disposições

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecidas nesta Resolução. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 2º As informações prestadas no PGDAS-D: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A)

I - têm caráter declaratório, constituindo confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nele prestadas; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso I)

II - deverão ser fornecidas à RFB mensalmente até o vencimento do prazo para pagamento dos tributos devidos no Simples Nacional em cada mês, previsto no art. 38, relativamente aos fatos geradores ocorridos no mês anterior. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso II)

§ 3º O cálculo de que trata o caput, relativamente aos períodos de apuração até dezembro de 2011, deverá ser efetuado por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), também disponível no Portal do Simples Nacional na internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 4º Aplica-se ao PGDAS o disposto no § 1º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

(Grifou-se)

A Resolução CGSN nº 94/11 foi revogada pela Resolução CGSN nº 140/18 que tratou o tema de forma bem semelhante:

Art. 38. O cálculo do valor devido na forma prevista no Simples Nacional deverá ser efetuado por meio da declaração gerada pelo "Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D)", disponível no Portal do Simples Nacional na Internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 1º A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá, para cálculo dos tributos devidos mensalmente e geração do DAS, informar os valores relativos à totalidade das receitas correspondentes às suas operações e prestações realizadas no período, no aplicativo a que se refere o caput, observadas as demais disposições estabelecidas nesta Resolução. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 2º As informações prestadas no PGDAS-D: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A)

I - têm caráter declaratório, constituindo confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nele prestadas; e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso I)

II - deverão ser fornecidas à RFB mensalmente até o vencimento do prazo para pagamento dos tributos devidos no âmbito do Simples Nacional em cada mês, previsto no art. 40, relativamente aos fatos geradores ocorridos no mês anterior. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso II)

§ 3º O cálculo de que trata o caput, relativamente aos períodos de apuração até dezembro de 2011, deverá ser efetuado por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), disponível no Portal do Simples Nacional na Internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 4º Aplica-se ao PGDAS o disposto no § 1º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

Nota-se que os documentos requeridos pela Fiscalização são aqueles que, mês a mês, de agosto de 2014 a dezembro de 2018, a Autuada teve a obrigação legal de transmitir, em função da legislação acima transcrita. Sendo assim, em 18/03/19, data em que recebeu o AIAF, conforme documento às fls. 04 dos autos, todos os arquivos solicitados já haviam sido transmitidos e, portanto, encontravam-se à sua disposição, não trazendo à Autuada qualquer dificuldade em cumprir o prazo estabelecido.

À vista desta circunstância, verifica-se que o prazo de cinco dias úteis pode ser considerado até desnecessário ou, quando muito, adequado, mas, seguramente, não insuficiente.

Forçoso reconhecer que a própria Fiscalização teve acesso aos extratos de PGDAS-D requeridos por outros meios, já que a Autuada enviou correspondência para tentar obter dilação de prazo para cumprir a solicitação, mas não há menção de que tenha cumprido a intimação.

Afinal, a Fiscalização fez constar às fls. 15/16 dois extratos de declarações retificadoras emitidas via PGDAS-D, referentes aos meses de janeiro de 2018 e janeiro de 2019.

Outrossim, os quadros elaborados pela Fiscalização, às fls. 11/14, demonstram que esta teve acesso aos documentos solicitados, por meio do próprio banco de dados da Receita Federal, o que permitiu comparar os dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito com o total de receita bruta mensal informado pela Autuada ao Simples Nacional.

Por essa razão, quando o Contribuinte tentou obter mais prazo, recebeu a informação de que o Auto de Infração já havia sido emitido.

Os documentos que consubstanciam a peça fiscal comprovam que a Autuada recebeu o AIAF em 18/03/19 (fls. 04); por outro lado, o Auto de Infração foi emitido em 29/03/19 (fls. 08), ou seja, nove dias úteis depois; e somente foi entregue a autuação à Autuada em 11/04/19 (fls. 22), estando esta última data a dezoito dias úteis da data inicial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diga-se, ainda que a emissão da peça fiscal pela Fiscalização não merece qualquer reparo, tendo em vista que, após nove dias úteis, ao obter as informações que necessitava diretamente dos sistemas a que a SEF/MG tem acesso, não havia razão para aguardar-se eventual cumprimento da intimação.

Pelas razões expostas, foi rejeitada esta primeira preliminar.

Preliminar 2:

Os Impugnantes assinalam que o início da ação fiscal se deu na cidade de São Lourenço, ainda que o estabelecimento do Contribuinte esteja localizado em Varginha, o que teria trazido óbices ao cumprimento da intimação.

A redação dada pelo Decreto nº 46.107/12, assim trata da questão da circunscrição da repartição fazendária no art. 22, inciso III c/c seu parágrafo único do RPTA:

Art. 22. Para fins deste Decreto:

(...)

III - a circunscrição da repartição fazendária é a definida pelo Decreto nº 45.781, de 24 de novembro de 2011.

Parágrafo único. A Subsecretaria da Receita Estadual, mediante portaria, sem prejuízo da circunscrição de que trata o inciso III, poderá estabelecer que o sujeito passivo fique, também, sujeito à circunscrição de outra repartição fazendária.

Veja-se que o parágrafo único do art. 22 do RPTA, acima transcrito, prevê a possibilidade de que o sujeito passivo fique, também, sujeito à circunscrição de outra repartição fazendária. Porém, esta hipótese discricionária não se aplica ao presente caso.

Como afirma em sua Defesa, a Autuada tem seu estabelecimento localizado no Município de Varginha/MG. Ora, a DF/2º Nível/Varginha é emissora do Auto de Início de Ação Fiscal já citado (fls. 02), assim como é a emissora do Auto de Infração, conforme menção à Unidade Administrativa Emitente na parte superior deste (fls. 05). Sendo assim, não há como se afirmar ter havido sujeição do Sujeito Passivo à outra repartição fazendária, senão aquela sob cuja circunscrição encontra-se a Autuada.

O fato de que ter havido orientação para que os documentos fossem enviados para a AF/São Lourenço, como já mencionado, não tem o condão de alterar a competência da DF/2º Nível/Varginha na execução dos atos que foram praticados.

Note-se que a Autuada nem mesmo cumpriu a intimação, por mais tempo que tenha se passado; e que poderia ter, simplesmente, transmitido cópias digitais dos documentos requeridos para o e-mail do Auditor Fiscal que a demandou, o que também não fez.

Sendo assim, esta segunda preliminar resta afastada.

Preliminar 3:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Defesa ressalta a forma unilateral de elaboração da peça fiscal, o que, a seu ver, atenta contra os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Menciona seu direito a ter acesso a todos os documentos que embasem o procedimento fiscal. E por esta razão, aponta, no Relatório do Auto de Infração, a menção ao Anexo II, o qual não foi anexado aos autos. Entende que tal ausência impede os Impugnantes de verificar a veracidade e legalidade do documento, e defender-se de forma regular.

Pela falta do Anexo II, pede a aplicação da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal – STF, a fundamentar a anulação do lançamento.

Tal questionamento da Defesa foi respondido pela Fiscalização por meio da juntada do Anexo II – Consolidação por Administradora (Totais Registro 66), às fls. 56/59, assim como do CD às fls. 60, conforme relatado acima.

Resultou da juntada de documentos a reabertura de prazo para que os Impugnantes pudessem se manifestar sobre os mesmos, o que ocorreu às fls. 71/76.

Sendo assim, resta assegurado o direito de defesa dos Impugnantes e, conseqüentemente, sanada a irregularidade apontada.

Contudo, quando do aditamento à Impugnação, a Defesa alegou que na fase em que se encontrava o processo administrativo tributário, posterior à apresentação da Impugnação, já haveria sido alcançado pela preclusão o direito do Fisco em juntar novos documentos. Argumenta que admitir-se esta juntada representaria ofensa ao princípio da ampla defesa, assegurado aos Impugnantes.

Menciona, em sua Defesa, o art. 141, parágrafo único do RPTA, a justificar seu pedido de desentranhamento do Anexo II, juntado pela Fiscalização.

No que tange à produção de prova no âmbito do contencioso administrativo, esta sujeita-se ao art. 8º do RPTA, que condiciona a ampla defesa na esfera administrativa a formas e prazos legais:

Art. 8º É assegurado ao interessado ampla defesa na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada de todas as provas que tiver, desde que produzidas na forma e prazos legais.

Já o art. 119 do mesmo Regulamento estipula que a matéria relacionada com a situação fiscal de que decorreu o lançamento será alegada de uma só vez. Veja-se:

Art. 119. Na impugnação será alegada, de uma só vez, a matéria relacionada com a situação fiscal de que decorreu o lançamento, inclusive a desconsideração de ato ou negócio jurídico, se for o caso, ou o pedido de restituição, com a indicação precisa:

(...)

Parágrafo único. Os documentos que constituam prova serão anexados à impugnação, inclusive os arquivos eletrônicos com certificado de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

integridade das informações, sob pena de preclusão.

Como se vê, o parágrafo único do referido artigo impõe, sob pena de preclusão, que os documentos que constituam prova sejam anexos à impugnação.

A disciplina regulamentar sobre este tema é complementada pelo art. 141 do RPTA, *in verbis*:

Art. 141. As partes não poderão juntar documentos após o encerramento da fase de instrução processual, salvo motivo de força maior comprovado perante a Assessoria ou Câmara do Conselho de Contribuintes.

Parágrafo único. O requerimento de juntada de documento nos termos do caput será liminarmente indeferido, caso não esteja acompanhado de prova da ocorrência de força maior.

Contudo, a fase administrativa oferece à Fazenda Pública a oportunidade de aprimorar a peça fiscal, na medida em que o lançamento de ofício é um ato administrativo, submetido a princípios administrativos como os da autotutela, da legalidade e da economia processual. Sob a égide desses princípios, quando identificada a falta de elementos, pode o Fisco corrigi-los no âmbito do processo tributário administrativo.

Tal possibilidade se estende à alteração do crédito tributário, após a análise dos argumentos carreados pela Impugnação. Veja-se tanto a possibilidade de alterar o crédito tributário para mais ou para menos, conforme previsto no art. 120 do RPTA:

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

Efeitos de 1º/03/2008 a 1º/10/2019 - Redação original:

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

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

II - a reformulação do crédito tributário.

§ 1º Caso o lançamento seja reformulado e resulte em aumento do valor do crédito tributário, inclusão de nova fundamentação legal ou material ou alteração da sujeição passiva, será aberto ao sujeito passivo o prazo de trinta dias para impugnação, aditamento da impugnação ou pagamento do crédito tributário com os mesmos percentuais de redução de multas aplicáveis nos 30 (trinta) dias após o recebimento do Auto de Infração.

§ 2º Nas hipóteses de reformulação do lançamento não alcançadas pelo § 1º, será aberto prazo de 10

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(dez) dias para aditamento da impugnação ou pagamento do crédito tributário com os mesmos percentuais de redução de multas a que se refere o parágrafo anterior.

Como se verifica no presente caso, não se trata de reformulação do lançamento para aumentar o valor do crédito tributário e, sim, de juntada de documentos, ato este bem menos grave aos Impugnantes que aquele. E, nesse sentido, cabe a aplicação do *caput* do art. 92 também do RPTA, que assim dispõe:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida.

Observando-se que o referido art. 92 previne que incorreções e omissão da peça fiscal não acarretarão sua nulidade nas circunstâncias que especifica, no presente caso o que fez a Fiscalização foi não curvar-se à constatação da falta do documento, mas trazê-lo aos autos e submetê-lo à avaliação dos Impugnantes, por meio da reabertura de prazo prevista no art. 140 do RPTA, *in verbis*:

Art. 140. Ocorrendo a juntada de documentos ao PTA, será dada à parte contrária vista dos autos pelo prazo de 5 (cinco) dias, podendo se manifestar até o termo final do referido prazo.

§ 1º Em se tratando de PTA em meio físico, no caso de juntada de documentos pelo Fisco, a abertura de vista se efetivará nas dependências da repartição fazendária indicada no Auto de Infração, sem prejuízo do direito de a parte se manifestar no prazo previsto no caput, facultado o fornecimento de cópia.

Efeitos de 28/06/2012 a 1º/10/2019 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. nº 45.995, de 27/06/2012:

“§ 1º No caso de juntada de documentos pelo Fisco, a abertura de vista se efetivará nas dependências da Administração Fazendária a que estiver circunscrito o atuado ou o interessado, sem prejuízo do direito de a parte se manifestar no prazo previsto no caput deste artigo, facultado o fornecimento de cópia.”

§ 2º Igual direito de vista e manifestação terá a parte que não tenha apresentado impugnação, habilitando-se a receber o processo no estado em que se encontra e apresentar recurso, quando cabível.

No presente caso, o prazo concedido foi de 30 (trinta dias), conforme Ofício nº 122/2019/GAB/AF/Varginha, datado de 28/08/19, o qual foi encaminhado ao procurador dos Impugnantes, dr. Sérgio Marques Rodrigues Júnior (fls. 67/68), após devolução da correspondência encaminhada à Autuada (fls. 65/66). Também foi enviado o Ofício nº 123/2019/GAB/AF/Varginha ao Coobrigado (fls. 63/64), de igual conteúdo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sanada a irregularidade e assegurado o direito de contraditório e ampla defesa dos Impugnantes, não há que se falar na aplicação da Súmula nº 473 do STF, por falta de qualquer vício no lançamento que o tenha tornado ilegal.

Deve-se enfatizar, ainda, o aspecto da busca da verdade material, o que afasta o formalismo contido nos dispositivos legais que tratam da preclusão, acima transcritos.

Essa questão é bem formulada no Acórdão nº 23.360/19/1ª deste Conselho, do qual é transcrito, abaixo, pequeno extrato:

NÃO OBSTANTE, TODOS AQUELES QUE MILITAM JUNTO A ESTE ÓRGÃO JULGADOR, QUER NA CONDIÇÃO DE CONSELHEIROS, QUER COMO ADVOGADOS DAS PARTES, SABEM QUE REGULARMENTE TAIS REGRAS SÃO RELATIVIZADAS NO DECORRER DOS JULGAMENTOS, BASTANDO, PARA TANTO, QUE SE VISLUMBRE A NECESSIDADE DE ASSIM PROCEDER PARA FINS DE REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.

REGISTRE-SE, POR OPORTUNO, QUE, À LUZ DAS RAZÕES QUE JUSTIFICAM A PRÓPRIA EXISTÊNCIA DESTES CONSELHO DE CONTRIBUINTES, ENTENDE-SE CORRETA A PRÁTICA DE PRIVILEGIAR SEMPRE A BUSCA DA VERDADE REAL, OBJETIVO ESTE QUE HÁ DE SE SOBREPOR INCLUSIVE ÀS REGRAS DE CUNHO EMINENTEMENTE FORMAL/PROCESSUAL, DESDE QUE, EVIDENTEMENTE, NÃO SE CONFIGURE PREJUÍZO A QUALQUER DAS PARTES.

COMO É SABIDO, EM QUE PESE A IMPORTÂNCIA DE ORDENAR OS ATOS PROCESSUAIS, CONFERINDO-LHES A NECESSÁRIA PREVISIBILIDADE, NÃO SE PODE PERDER DE VISTA QUE, EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS NAS QUAIS SE OPÕEM UMA REGRA EMINENTEMENTE FORMAL E UM VALOR MAIOR TUTELADO PELO DIREITO, A DECISÃO HAVERÁ DE PRIVILEGIAR ESTE ÚLTIMO, SOB PENA DE ALÇAR NORMAS DE NATUREZA FORMAL/PROCESSUAL/ADJETIVA (QUE SÃO MERAMENTE SERVIENTES AO PROCESSO) A UMA ESTATURA QUE NÃO LHE É PRÓPRIA, EIS QUE DE MODO ALGUM TAIS NORMAS PODEM SE CONSTITUIR NUM FIM EM SI MESMAS.

POR ESTE MOTIVO, ALÉM DO EXEMPLO ACIMA MENCIONADO, PERTINENTE À PRODUÇÃO DE PROVA, PODER-SE-IA CITAR AINDA OUTRAS PRÁTICAS NO MESMO SENTIDO, ADOTADAS NO CC/MG (E, A BEM DA VERDADE, EM DIVERSOS OUTROS ÓRGÃOS JULGADORES ADMINISTRATIVOS), TAIS COMO A PERMISSÃO PARA A REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL (DE QUE TRATA O ART. 160 DO RPTA), A DESPEITO DE EVENTUAL INTEMPESTIVIDADE DA RESPECTIVA SOLICITAÇÃO.

ASSIM, O CARÁTER INSTRUMENTAL DOS PRECEITOS DE ÍNDOLE PROCESSUAL (OU, EM OUTROS TERMOS, O CHAMADO “PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS”) ESTÁ CLARAMENTE AGASALHADO TAMBÉM NA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, COMO SE PODE CONSTATAR NOS DISPOSITIVOS DO RPTA A SEGUIR ARROLADOS:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ART. 9º A ERRÔNEA DENOMINAÇÃO DADA À DEFESA, RECURSO OU RECLAMAÇÃO NÃO PREJUDICARÁ A PARTE INTERESSADA, SALVO NA HIPÓTESE DE MÁ-FÉ.

(...)

ART. 109. NA HIPÓTESE DE ERRO OU IGNORÂNCIA ESCUSÁVEIS DO SUJEITO PASSIVO, OU EM VIRTUDE DE CONDIÇÕES PECULIARES A DETERMINADA REGIÃO DO TERRITÓRIO DO ESTADO, A APRESENTAÇÃO DE PETIÇÃO À AUTORIDADE FAZENDÁRIA INCOMPETENTE, DESDE QUE DENTRO DO PRAZO LEGAL, NÃO IMPORTARÁ INTEMPESTIVIDADE.

(...)

ART. 154

(...)

PARÁGRAFO ÚNICO. POR OCASIÃO DA APRECIÇÃO DA RECLAMAÇÃO, A INTEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO PODERÁ SER RELEVADA PELA CÂMARA DE JULGAMENTO, QUANDO ESTA VISLUMBRAR QUE ASSISTE À PARTE DIREITO QUANTO AO MÉRITO DA QUESTÃO. (GRIFOU-SE)

A PROPÓSITO DESTA DISCUSSÃO, URGE SALIENTAR QUE A JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA TEM REITERADAMENTE ENCARECIDO O FATO DE QUE, EM MATÉRIA PROCESSUAL E DESDE QUE RESGUARDADOS OS DIREITOS DAS PARTES, A FORMA NÃO PODE SE SOBREPOR À SUBSTÂNCIA.

Sendo assim, a busca da verdade material, assim como a possibilidade de aprimorar o lançamento são dois aspectos em harmonia que merecem a mesma oportunidade ao se afastar as formalidades que podem dar ensejo à preclusão, tanto a favor do Fisco, quanto em benefício do Contribuinte.

Pelas razões expostas, resta sanada a irregularidade apontada na Impugnação quanto à falta do documento apontado, e, por outro lado, afastada a preliminar arguida, no que se refere à preclusão.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, no mês de fevereiro de 2017 e, ainda, no período de outubro de 2017 a dezembro de 2018, apuradas mediante confronto entre as informações obtidas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, com os dados constantes nas declarações mensais do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório, transmitidas pela Autuada.

Exigem-se ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, capituladas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, do citado artigo, respectivamente, ambos da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, a Fiscalização a excluiu do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conforme art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da Lei nº Complementar nº 123/06 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 20755687/11707720/04122018, datado de 29/03/19, foi encaminhado à Autuada em 11/04/19, conforme documentos às fls. 18/19 e 21.

Foi eleito para polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o empresário individual arrolado no Auto de Infração (vide requerimento de empresário às fls. 48), nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

O Anexo III do Auto de Infração (AI) traz planilhas referentes aos anos de 2017 e 2018, nas quais é apresentado o valor das vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito, o qual é comparado ao faturamento declarado pela Autuada, via PGDAS-D, e apurada a diferença, denominada “faturamento omitido”, quando as vendas, cujo meio de pagamento pelos clientes foram cartões de crédito/débito, é superior ao faturamento declarado.

Sobre o faturamento omitido é levada a termo a redução de base de cálculo de 53,33% (cinquenta e três vírgula trinta e três por cento), que corresponde à aplicação da alíquota de 8,4% (oito vírgula quatro por cento) para cálculo do ICMS devido, o qual é apurado na última coluna à direita da planilha, conforme disposto na redação em vigor, à época dos fatos geradores, do art. 43, inciso VI c/c item 20 da Parte 1 do Anexo IV, todos do RICMS/02:

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

Efeitos de 15/12/2002 a 27/12/2019 - Redação original:

“VI - no fornecimento de alimentação, bebida ou outra mercadoria por bar, restaurante ou por qualquer estabelecimento que explore tal atividade, o valor total da operação, compreendendo o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço, observado o disposto no item 20 da Parte 1 do Anexo IV;”

Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2018 - Redação original:

ITEM	HIPÓTESE/CONDIÇÕES	REDUÇÃO DE:	MULTIPLICADOR OPCIONAL PARA CÁLCULO DO IMPOSTO (POR ALÍQUOTA)			EFICÁCIA ATÉ:
			18%	12%	7%	
20	Fornecimento de alimentação, excluídas as bebidas, quando promovida por:	53,33	0,084	0,056	0,0327	Indeterminada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 15/12/2002 a 27/12/2019 - Redação original:

a) bares, restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos similares; b) empresas fornecedoras de refeições coletivas (alimentação industrial).					
--	--	--	--	--	--

O Anexo IV do AI (fls. 12 e 14) corresponde ao Demonstrativo do Crédito Tributário, oferecendo, além das informações já mencionadas acima, o cálculo da multa de revalidação e da multa isolada.

Foram juntadas aos autos, por amostragem, as declarações emitidas via PGDAS-D referentes aos meses de janeiro de 2018 (fls. 15) e janeiro de 2019 (fls. 16).

A partir de questionamento da Defesa, a Fiscalização juntou aos autos o Anexo II – Consolidação por Administradora (Totais Registro 66), às fls. 56/59, assim como do CD às fls. 60, conforme relatado anteriormente.

O Anexo II do AI oferece os dados transmitidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito: Banco Bradesco Cartões, Banco Cooperativo do Brasil, Cielo, Getnet, Cabal Brasil, Cia Brasileira Soluções e Serviços e Sodexo Pass do Brasil, conforme registro tipo 66, para o período de 01/17 a 12/18.

No CD às fls. 60 consta o arquivo do Excel denominado “Fernando Nogueira Resende.xlsx”, contendo a planilha “Detalhamento por Operação (Itens Registro 65)”, bem como a planilha “Consolidação por Administradora (Totais Registro 66).

Independentemente de estar a Autuada cadastrada no Simples Nacional a partir de 01/08/14, 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG, 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: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Des^a. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

Vale dizer que 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;

(...)

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>.

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

“Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, constantes de listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.”

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

“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 contacorrente 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, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º As empresas de que trata o caput:

I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa TED_TEF, disponível no endereço eletrônico

www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

II - poderão utilizar outro programa ou recurso diferente do previsto no inciso I para assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, mediante autorização da SEF.

§ 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento, a instituição facilitadora de pagamento, a instituição de pagamento, inclusive a credenciadora de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as empresas similares às penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

“Art. 13-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em contacorrente 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 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:

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, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto.

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões, instituidoras de

arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.”

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

“III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em contacorrente, 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.”

Apesar de os Impugnantes afirmarem que a empresa possui sistema interligado de venda e emissão de documento fiscal, não havendo possibilidade de ocorrer alguma venda sem a emissão do correspondente cupom fiscal (fls. 29), resta comprovado que a Autuada cometeu a irregularidade de saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, apontada pela Fiscalização.

Portanto, correta as exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, capituladas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, respectivamente, ambos da Lei nº 6.763/75.

A mencionada Multa Isolada foi adequada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto exigido (vide fls. 12/14 dos autos).

Note-se que a aplicação do limitador acima descrito atende à solicitação apresentada pelos Impugnantes quanto à aplicação do percentual de 20% (vinte por cento) do valor da operação, previsto na alínea “a” do inciso II do precitado art. 55 da Lei nº 6.763/75 (vide fls. 38/39). Tal se deve ao fato de que o valor da multa isolada aplicada correspondeu a 16,8% (dezesesseis vírgula oito por cento) do valor da operação, sendo, portanto, inferior aos vinte por cento requeridos pela Defesa.

Quanto às assertivas de inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto à alegação de que as multas impostas são desproporcionais revelando-se confiscatórias, conveniente destacar que os valores exigidos são decorrentes de disposição expressa em lei, não cabendo ao Conselho de Contribuintes negar a respectiva aplicação, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 INTÉMPESTIVO 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.

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, salvo ajuste da data inicial da referida exclusão que será abordado adiante, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, conforme arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 e arts. 83, inciso II, 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18. Confira-se a legislação mencionada:

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(Grifou-se)

(...)

Resolução CGSN nº 140/18

Subseção
Da Exclusão de Ofício

II

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das secretarias de fazenda, de tributação ou de finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

(...)

Subseção
Dos Efeitos da Exclusão de Ofício

III

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 n° 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1°)

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar n° 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

(...)

§ 3° A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6° Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 29, § 9°)

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (Grifou-se).

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar n° 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 (e o art. 83, inciso II), 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.

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56,
INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Todavia, merece reparo a data de apuração inicial considerada para fins de exclusão constante do Termo de Exclusão de fls. 18/19, que deverá ser a partir de outubro de 2017, data do segundo mês de apuração das infrações, ou seja, a data em que restou caracterizada, portanto, a prática reiterada da infração, nos termos do § 9º do art. 29, da Lei Complementar nº 123/06.

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 correta a exclusão da Autuada do Simples Nacional.

Como mencionado, foram eleitos para polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o empresário, conforme arrolado no Auto de Infração, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º inciso II, da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

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

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de outubro de 2017. Vencida, em parte, a Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (Relatora), que a julgava procedente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Designado relator o Conselheiro Alexandre Périssé de Abreu (Revisor). Participaram do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 20 de fevereiro de 2020.

Alexandre Périssé de Abreu
Relator designado

Marco Túlio da Silva
Presidente

GJD

CCMIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.512/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001209271-34
Impugnação: 40.010148000-47
Impugnante: Fernando Nogueira Resende
IE: 002404135.00-42
Coobrigado: Fernando Nogueira Resende
CPF: 074.553.756-11
Proc. S. Passivo: Wesley Silva Monteiro/Outro(s)
Origem: DF/Varginha

Voto proferido pela Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

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

Conforme exposto no relatório, trata-se de lançamento cuja discussão posta para apreciação deste Colegiado passa pela análise da existência de condições para proceder com a exclusão do Autuado do regime do Simples Nacional.

Segundo o relatório fiscal e termo de exclusão, considerando a prática reiterada de dar saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, aplica-se ao caso a hipótese de exclusão prevista no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar nº 123/06. Citado dispositivo possui a seguinte redação:

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. 26¹;

(...)

A prática reiterada foi apurada a partir da caracterização de omissão de emissão de documento fiscal em relação às operações de vendas atestadas pelo confronto entre as informações declaradas pelo Contribuinte e os dados fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito.

Vale destacar que, após um estudo mais aprofundado do tema e da construção de uma interpretação sistemática das normas relacionadas às hipóteses de

¹ 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exclusão, altero meu entendimento para concluir que o estado não possui legitimidade para proceder com a exclusão de ofício sob a fundamentação de “saída desacobertada”. Explico.

Segundo consta do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea ‘f’ da Lei Complementar nº 123/06, o ICMS apurado em operação desacobertada de documento fiscal não está abrangido pelo regime de recolhimento unificado de tributos, devendo ser observado neste caso o regramento da tributação da legislação estadual de regência, qual seja, o débito e crédito.

Lei Complementar nº 123/06

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Citada exceção se aplica exclusivamente ao imposto de competência estadual, ou seja, apenas no caso do ICMS a ausência de emissão de documento fiscal levará a tributação fora do regime.

Nessa hipótese temos um cenário no qual se pode afirmar que o estado é ‘favorecido’ pela não emissão do documento fiscal na medida em que o imposto decorrente desta operação alcança patamares superiores àqueles que seriam recebidos com base nas regras do Simples Nacional. Pela norma estadual teremos a aplicação da alíquota cheia (em geral de 18%, por força do art. 12, §71 da Lei nº 6.763/75) incidente sobre o valor informado pelas operadoras de cartão de crédito (não havendo qualquer desconto em razão de eventuais créditos decorrentes de operações de entrada, o que seria plausível, pois se a saída se dá pelo débito e crédito dever-se-ia aplicar o princípio da não-cumulatividade).

A criação dessa regra favorecida ao estado vem acompanhada da relativização de outras prerrogativas previstas na Lei Complementar nº 123/06, sendo uma delas exatamente a regra da competência para exclusão de ofício.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A melhor interpretação a ser dada ao art. 29 da lei complementar, com a devida vênia aos que pensam em contrário, é no sentido de ser atribuída exclusivamente aos entes prejudicados a competência para proceder com a exclusão. Não se nega que a competência é concorrente, mas essa deve ser compartilhada apenas entre os entes cuja conduta do contribuinte produza efeitos diretos.

Exemplificando, seria razoável excluir do Regime do Simples Nacional o contribuinte que deixou de emitir notas fiscais mesmo restando comprovado que toda mercadoria comercializada já foi tributada antecipadamente por substituição tributária? Nesse caso, de igual forma, não nos parece ter o estado competência para realizar a exclusão, afinal o ICMS-ST também é tributo não abrangido pelo Simples Nacional, o que mais uma vez retiraria do estado a competência para aplicação do art. 29, incisos V e XI da LC nº 123/06.

Outro exemplo, teria o estado ou os municípios competência para determinar a exclusão com base na prática reiterada da hipótese art. 29, inciso XII: *omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.* Parecer que não.

Essa conclusão acerca da competência concorrente ser compartilhada apenas pelos entes diretamente afetados pela conduta do Contribuinte pode ser reforçada pela previsão do art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, que trata das regras da fiscalização:

Da Fiscalização

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

§ 1º As Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados poderão celebrar convênio com os Municípios de sua jurisdição para atribuir a estes a fiscalização a que se refere o caput deste artigo.

§ 1º-A. Dispensa-se o convênio de que trata o § 1º na hipótese de ocorrência de prestação de serviços sujeita ao ISS por estabelecimento localizado no Município.

§ 1º-B. A fiscalização de que trata o caput, após iniciada, poderá abranger todos os demais estabelecimentos da microempresa ou da empresa de pequeno porte, independentemente da atividade por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

eles exercida ou de sua localização, na forma e condições estabelecidas pelo CGSN.

§ 1º-C. As autoridades fiscais de que trata o caput têm competência para efetuar o lançamento de todos os tributos previstos nos incisos I a VIII do art. 13, apurados na forma do Simples Nacional, relativamente a todos os estabelecimentos da empresa, independentemente do ente federado instituidor.

§ 1º-D. A competência para autuação por descumprimento de obrigação acessória é privativa da administração tributária perante a qual a obrigação deveria ter sido cumprida.

§ 2º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte exercer alguma das atividades de prestação de serviços previstas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar, caberá à Secretaria da Receita Federal do Brasil a fiscalização da Contribuição para a Seguridade Social, a cargo da empresa, de que trata o art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º O valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização.

§ 4º O Comitê Gestor disciplinará o disposto neste artigo

Os §§ 1º C e 3º são claros ao afirmar que a fiscalização e o lançamento disciplinado pelas regras transcritas envolvem apenas os tributos devidos no âmbito do Simples Nacional, condição que não alcança o ICMS devido pela caracterização de saída descoberta de mercadoria. Esse imposto é regido pelas normas estaduais e toda discussão relacionada a ele deve ser decidida e gerar efeitos apenas nessa esfera: lançamento de ofício e exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória (esta relacionada exclusivamente a fato gerador não abrangido pelo Simples Nacional).

Havendo saída descoberta e o conseqüente lançamento do imposto com base no regime do débito e crédito, restaria ao estado – nesses casos - a competência para fundamentar a exclusão do contribuinte do Simples Nacional com base no art. 29, I da LC nº 123/06, caso verificada a ausência da comunicação obrigatória da ocorrência da hipótese de vedação prevista no art. 17, inciso V do mesmo diploma legal. Temos uma aplicação conjunta dos citados arts. 29 e 17, com o art. 30, inciso II:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

(...)

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

(...)

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

(...)

Considerando que a operação de saída desacobertada não é fato gerador tributado sob a sistemática do Simples Nacional, sendo o faturamento informado pelas operadoras de cartão de crédito tributado pelas normas gerais do débito e crédito, e considerando que a regra excepcional do art. 13, §1º, inciso XIII, alínea 'f' só se aplica ao tributo estadual, temos que a saída desacobertada é infração que pode levar a um impedimento de a empresa permanecer no Simples Nacional, justificando sua exclusão com base no art. 17, inciso V da LC nº 123/06.

Vale destacar que o inciso V do art. 17 da LC nº 123/06 não faz qualquer ressalva ao tipo de débito ali previsto, fato que permite incluir no rol todos os valores eventualmente devidos pelos contribuintes e não abrangidos pelo Simples Nacional, entre eles o ICMS por saída desacobertada e o não recolhido por substituição tributária, por exemplo.

Nesse cenário, observando as consequências previstas na legislação de regência para esse tipo de exclusão de ofício – art. 30, inciso II e §1º c/c art. 31, inciso IV da lei complementar - existindo débito junto à fazenda pública cuja exigibilidade não esteja suspensa, ao contribuinte que regularizar sua situação será permitida a permanência no regime, essa é a previsão do §2º do já citado art. 31.

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão;

(...)

§ 2º Na hipótese dos incisos V e XVI do caput do art. 17, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A lei complementar admite a permanência e a opção pelo regime do Simples Nacional ao contribuinte que não possua débitos junto ao Poder Público, ou caso possua, esses estejam com a exigibilidade suspensa e, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Assim, embora seja necessário existir meios para combater e evitar esse tipo de conduta omissiva (não emitir notas fiscais) fato é que nos casos onde o tributo não é recolhido no Simples Nacional, resta ao estado aplicar apenas as normas punitivas existentes em sua própria legislação, não lhe sendo dada a competência para excluir – sob essa fundamentação - o contribuinte do Simples Nacional.

Além dos pontos já citados, ainda vale destacar que as normas de exclusão do Simples Nacional devem ser interpretadas em conjunto com as posteriores alterações legislativas promovidas no texto da Lei Complementar nº 123/06, notadamente as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 155/16.

O legislador, dez anos após criação do tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte, entendeu por bem que até mesmo em relação às obrigações devidas sob as regras do Simples, deveria ser dado ao contribuinte optante a oportunidade de regularizar sua situação e evitar a aplicação da penalidade mais gravosa prevista no sistema: a de ser excluído do Simples Nacional.

Nesse cenário, a LC nº 155/16 acrescentou o §3º ao art. 34 da LC nº 123/06, criando o instituto da autorregularização:

Lei Complementar nº 123/06

Seção X - Da Omissão de Receita

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º É permitida a prestação de assistência mútua e a permuta de informações entre a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relativas às microempresas e às empresas de pequeno porte, para fins de planejamento ou de execução de procedimentos fiscais ou preparatórios. (Incluído pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

§ 2º (VETADO).

§ 3º Sem prejuízo de ação fiscal individual, as administrações tributárias poderão utilizar procedimento de notificação prévia visando à autorregularização, na forma e nos prazos a serem regulamentados pelo CGSN, que não constituirá início de procedimento fiscal. (Incluído pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

§ 4º (VETADO).

O art. 34 e seu §3º foram incluídos na seção que trata da ‘Omissão de Receita’, ou seja, não há dúvidas de que débitos relativos aos tributos devidos no Simples Nacional admitem regularização e, nessa condição, evitaria a exclusão do contribuinte do regime unificado.

Curiosamente, a título de ratificação do entendimento ora construído, vale destacar que o projeto de lei que deu origem à LC nº 155/16, previa a inclusão do §2º ao art. 34, dispositivo vetado pelo Presidente da República, conforme “Mensagem de Veto nº 589/2016”. A redação dada ao parágrafo tinha o seguinte teor: ***“É a Secretaria da Receita Federal do Brasil obrigada a transmitir às Secretarias de Fazenda dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma estabelecida pelo CGSN, os dados da Declaração de Operações com Cartões de Crédito – DECRED de contribuintes optantes pelo Simples Nacional e outros dados de interesse das administrações tributárias estaduais, distrital e municipais.”***

Sem entrar no mérito ensejador do veto do dispositivo (o qual passa por aspectos relacionados ao sigilo fiscal), é fato incontroverso que quando da criação do instituto da autorregularização o legislador tinha em mente e já se preocupava com a existência de omissão de receita por ausência de emissão de documento fiscal vinculada às transações ocorridas por meio de cartões de crédito e débito. Entretanto, ainda assim, não foram feitas quaisquer ressalvas ou impedimentos para regularização dessas condutas.

Esse ponto é de extrema relevância. Ora, se o próprio legislador em sua essência previa que os débitos relativos à omissão de receita decorrente de movimentações concretizadas com cartões magnéticos e similares poderiam ser regularizados evitando a exclusão do regime, seria aceitável dar aos estados esse direito, ainda mais considerando a inexistência de prejuízo em razão da prerrogativa do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea ‘f’ da Lei Complementar nº 123/06?

Não nos parece ser medida razoável!

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, diante do exposto, deve-se entender pela ausência de motivação para exclusão do Contribuinte do regime de recolhimento unificado de tributos nos casos da constatação da ocorrência de saída de mercadoria desacompanhada de documento.

É como voto.

Sala das Sessões, 20 de fevereiro de 2020.

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri
Conselheira

CCMIG