

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.623/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001395673-46
Impugnação: 40.010149159-79
Impugnante: Wilker Araújo dos Santos 04299293665
IE: 002025400.00-10
Coobrigado: Wilker Araújo dos Santos
CPF: 042.992.936-65
Proc. S. Passivo: Leandro Araújo Guerra/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

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.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO FISCAL FALSO/IDEOLOGICAMENTE FALSO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos termos do art. 149, inciso IV do RICMS/02, em face de utilização de documentos fiscais não correspondentes às reais operações. Tais documentos foram emitidos com a utilização de dados cadastrais do Coobrigado, embora constassem as mercadorias comercializadas pela empresa autuada, evidenciando-se uma simulação de venda a não contribuinte, enquanto que na realidade as operações eram realizadas com contribuinte inscrito. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do inciso I, § 2º do art. 55 da mencionada lei.

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 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da CGSN nº 140/18 de 22/05/18.

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

RELATÓRIO

O presente PTA versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos termos do art. 149, inciso IV do RICMS/02, em face de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

utilização de documentos fiscais não correspondentes às reais operações, no período de 01/10/14 a 30/06/19.

Verificou-se que os documentos foram emitidos com utilização dos dados cadastrais do empresário individual Wilker Araújo dos Santos, embora constassem as mercadorias que são comercializadas pela empresa de sua titularidade, evidenciando-se a simulação de venda a não contribuinte, enquanto que, na realidade, as operações eram realizadas com contribuinte inscrito.

Portanto, houve uma simulação de destinatário, ficando evidenciado que o destinatário consignado nas notas fiscais não era a pessoa a quem a mercadoria estava sendo efetivamente endereçada e sim, a empresa Wilker Araújo dos Santos, a real destinatária das mercadorias constantes das notas fiscais apensas ao Auto de Infração.

Trata, ainda, o presente PTA, da exclusão da Impugnante acima identificada, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação, lavradas no Auto de Infração nº 01.001395673-46, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06.

Exige-se o ICMS devido, acrescido das respectivas Multas de Revalidação capituladas no art. 56, inciso II para as mercadorias não sujeitas à Substituição Tributária e art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso III, do citado artigo da Lei nº 6.763/75, para as mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, bem como a Multa Isolada (art. 55, inciso II adequada nos termos do inciso I, § 2º do art. 55 da mencionada lei.).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 38/50, acompanhada dos documentos de fls. 51/94, com os argumentos a seguir reproduzidos.

Após relatar o teor do Auto de Infração alega, inicialmente, que o Termo de Exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional deve ser cancelado.

Argumenta que, durante todo o período fiscalizado, a Impugnante esteve enquadrada como microempresário individual - MEI, condição que afasta o dever de emitir notas fiscais. Cita o acórdão nº 22.961/18/1ª do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG.

Em seguida, argumenta que, quando é necessária a troca de alguma peça dos equipamentos para a manutenção, ou esta é adquirida pelo próprio cliente ou a Impugnante adquire e é ressarcida, de modo informal, pelo cliente, não havendo que se falar em simulação.

Alega que a apuração do ICMS, fora do regime de tributação do Simples Nacional, deve observar o princípio da não-cumulatividade, mediante o confronto entre débitos e créditos, mencionando os arts. 19 e 20, ambos da Lei Complementar nº 87/96 e cita o Acórdão nº 23.316/19/1ª do CCMG, bem como jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Argumenta que o Fisco não observou a sistemática do desconto dos créditos apesar de dispor da prova necessária para apurá-los.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ainda, questiona o arbitramento da base de cálculo efetuado pelo Fisco com base no art. 73, inciso IV do Anexo IX do RICMS/02, posto que este disciplina o comércio ambulante em operações realizadas por contribuintes de fora do estado, e, portanto, deverá ser cancelada a cobrança do ICMS.

Discorre sobre a impossibilidade de aplicação da multa isolada em virtude de seu enquadramento como MEI e da não obrigatoriedade de emissão de nota fiscal.

Conclui, requerendo o cancelamento do Termo de Exclusão do Simples Nacional e o cancelamento do Auto de Infração.

A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 101/116, excluindo o percentual de 30% (trinta por cento) sobre o valor da aquisição dos produtos para o cálculo do ICMS devido relativo às notas fiscais recebidas de Minas Gerais para produtos sem substituição tributária.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 124, concordando com a exclusão do crédito correspondente ao acréscimo de 30% (trinta por cento), contudo questiona a fundamentação legal da nova base de cálculo.

O Fisco comparece às fls. 125/142, incluindo nova fundamentação legal ao Auto de Infração, novo demonstrativo do crédito tributário, inclui o Anexo D - Perda da Condição de MEI, bem como faz a substituição do Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 16821329/05367210/300919, pelo Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 1682132/05367210/181219 (fls. 143), tornando sem efeito o anterior.

Regularmente intimada, às fls. 145/150, a Impugnante apresenta, tempestivamente, e por seu procurador regularmente constituído, aditamento à impugnação às fls. 157/164 dos autos.

Em síntese, argumenta que a Fiscalização, ao retificar o Auto de Infração, alterou o critério jurídico do primeiro lançamento, afirmando que a Impugnante teria extrapolado em mais de 20% (vinte por cento) o limite permitido para a MEI, à época de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) por ano calendário, tomando como início a competência de 10/14.

Afirma que o Fisco teria inovado ao excluir a Impugnante da condição de MEI, mantendo a sua exclusão do regime de tributação do Simples Nacional, já que decorrente da perda de condição de MEI, o Fisco entende que o Impugnante deveria se submeter à obrigatoriedade de emissão de documento fiscal, segundo a regra do art. 116, parágrafo único, inciso II, da Resolução do CGSN.

Alega que a menção genérica do art. 149 do Código Tributário Nacional - CTN não é suficiente para caracterizar a motivação do ato administrativo, o que o invalida. Para argumentar, informa que o inciso VIII do mencionado artigo não poderia ser aplicado, por ser de conhecimento do Fisco a condição de MEI do Impugnante.

Menciona e transcreve o art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, para fundamentar a inaplicabilidade das penalidades da Multa de Revalidação e da Multa Isolada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, pede a improcedência da revisão do lançamento e o cancelamento das penalidades aplicadas.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 166/185, citando como preliminar a alegação de que teria alterado o critério jurídico com indevida alteração do lançamento.

Afirma que a reformulação do crédito tributário se fundamentou nos termos do art. 149, inciso IX do CTN e do art. 120, inciso II combinado com o § 1º do mesmo artigo, ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, e que, no caso, foi identificada a omissão de dispositivos legais imprescindíveis à peça fiscal, bem como a não observação do enquadramento da empresa como MEI e consequente dispensa de emitir nota fiscal até o limite estipulado na Lei Complementar nº 123/06.

Destaca que a falta funcional do mencionado inciso IX do art. 149 do CTN trata também da inobservância dos critérios reclamados, e cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, e que, no caso, se corrigiu o Auto de Infração em virtude da obrigatoriedade da aplicação da legislação de regência.

Afirma ainda que tal retificação foi benéfica para o Contribuinte, visto que diminuiu o valor do crédito tributário, por deixar de cobrar ICMS e multas pelas saídas desacobertas enquanto estava enquadrada como MEI, e que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações.

Salienta que, não bastasse as conferências das NF-e disponíveis no banco de dados da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG, a própria Impugnante admite que houve a compra de produtos por ela para os clientes, ficando comprovado que o destinatário de tais operações são os clientes do MEI e que há, portanto, uma omissão de saída das mercadorias em questão, utilizando-se de documentos fiscais que não correspondem a real operação, resultando, portanto, em falta de recolhimento do ICMS.

Nesse sentido, aduz que a Impugnante possui CNAE de manutenção e reparação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação para uso industrial e comercial (3314-7/017) bem como de comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo (4756-9/00).

Ressalta que a falta de emissão de nota fiscal sujeita o contribuinte do Simples Nacional ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais com a observância da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme preceitua o art. 13, inciso VII e § 1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar nº 123/06, citando Apelação Cível nº 1.0079.11.054061-8/001 do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais a respeito.

Aduz que a Autuada usufruiu a condição de MEI-Microempreendedor individual desde 10/09/12, no entanto, conforme restou comprovado na planilha Anexo D - Perda da Condição de MEI, no ano calendário de 2014, a Impugnante perde a condição de MEI - Microempreendedor Individual no mês de novembro, por ter

excedido o limite de receita bruta de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), previsto no § 1º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123/06.

Assim, o desenquadramento, nos termos da alínea “a” do inciso III do § 7º do art. 18-A, da Lei Complementar nº 123/06, ocorreria em 1º de janeiro do ano subsequente, ou seja, 01/01/15, na hipótese de não ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento), ou seja, R\$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais).

Porém como o faturamento apurado no ano foi de R\$ 80.396,50 (oitenta mil, trezentos e noventa e seis reais e cinquenta centavos), ou seja, superior a 20% (vinte por cento) do limite, a legislação tributária o faz retroagir a sistemática de tributação do Simples Nacional a janeiro do referido ano, conforme a alínea “b” do mesmo inciso do referido parágrafo.

Afirma que, assim sendo, a partir do mês subsequente ao da ocorrência deste excesso, no caso em tela a partir do mês de janeiro de 2015, exige-se o ICMS e multas cabíveis em virtude das operações estarem desacobertas de documentos fiscais, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 103 da Resolução CGSN nº 94/11, atualizado pelo art. 116, parágrafo único, inciso II da Resolução da CGSN nº 140/18.

Nesse sentido, para considerar o período em que a Impugnante se enquadrava como MEI, houve a rerratificação do lançamento.

Alega que o procedimento da Fiscalização do processo de exclusão de ofício da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, transcrevendo os arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 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 nº 94/11, atualizada pelo art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional – CGSN nº 140/18.

Cita acórdão deste Conselho de Contribuintes (Acórdão nº 22.589/17/1ª) e o art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 e art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18, referentes à competência para a exclusão de ofício do Simples Nacional.

Dessa forma, pontua que o Termo de Exclusão observou todas as determinações constantes da legislação tributária de modo a garantir-lhe plena validade.

Informa que o documento fiscal que não representa a real operação é considerado ideologicamente falso, nos termos do art. 39, § 4º, inciso II, subalínea “a.6” da Lei nº 6.763/75, bem como o art. 133-A, alínea “f”, do RICMS/02, sendo presumida a saída de mercadoria que não tenha sido declarada ao Fisco (art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75 e art. 194, §5º, inciso I, do RICMS/02).

Nessa senda informa que, em virtude da falsidade dos documentos, não se aplica o princípio da não-cumulatividade, o arbitramento das operações e a aplicação da multa isolada, não havendo que se falar em desconto de créditos destacados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Menciona o art. 23 da Lei Complementar nº 87/96, bem como o art. 30 da Lei nº 6.763/75, salientando que o direito a crédito está condicionado à idoneidade da documentação fiscal (formal, material e ideológica). Transcreve, ainda, o disposto no inciso I do art. 89 c/c o art. 89-A do RICMS/02. Menciona o Acórdão nº 21.836/18/2ª, do CC/MG.

Debate sobre a permissão do Fisco de arbitrar o valor da operação quando não houver emissão de documento fiscal (art. 53, inciso III e art. 54 ambos do RICMS/02). Destaca que o § 2º do art. 54 do RICMS/02 permite ao contribuinte opor-se ao valor arbitrado desde que apresente provas, cálculos ou documentos que refutem o percentual apresentado pelo Fisco, entretanto, a Impugnante não usufruiu desta prerrogativa.

Afirma que, ao analisar os dispositivos legais e os documentos fiscais apurados, entendeu que o parâmetro mais próximo do valor a ser comercializado pelo Autuado, nas operações de mercadorias não sujeitas à substituição tributária provenientes de fora do estado, seria o acréscimo da margem média de agregação aos valores obtidos nos documentos fiscais não registrados, como previsto no art. 73, inciso IV do Anexo IX do RICMS/02, além de que, nas operações adquiridas no território mineiro, o Fisco entendeu ter razão a Impugnante e efetuou a alteração do crédito tributário, retirando o percentual de 30% (trinta por cento) do valor da operação.

Relativamente a cobrança do ICMS e multas, reitera que houve a extrapolação do limite do MEI e, então, a Impugnante passou a ser obrigada à emissão de documentos fiscais em todas as operações. Entretanto, além de utilizar documento fiscal de entrada ideologicamente falso e assim não o declarar corretamente, a Autuada continuou exercendo sua atividade sem a emissão de notas fiscais, como se ainda fosse MEI.

Nesse caso, a falta de recolhimento do ICMS devido, apurado nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “F” da LC nº 123/06, implica na aplicação da Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, pelo descumprimento da obrigação principal.

Já a obrigação acessória é prevista no inciso II e parágrafo único do art. 103 da Resolução CGSN nº 94/11, atualizado pelo art. 116, parágrafo único, inciso II da Resolução da CGSN nº 140/18, bem como o art. 16, incisos VII e XIII da Lei nº 6.763/75, sendo que, o inadimplemento da obrigação acessória caracterizada pela saída desacobertada de documento fiscal gera ao contribuinte a aplicação de Multa Isolada, nos termos do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Isso posto, conclui que ambas as multas encontram respaldo na lei mineira e, portanto, corretas suas cobranças.

Pelo exposto, pede seja julgado parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação efetuada às fls. 125/142 e Termo de Exclusão do Simples Nacional às fls. 143.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

O Impugnante alega a nulidade do Auto de Infração em virtude da não especificação, por parte da Fiscalização, na rerratificação do lançamento, de qual inciso do art. 149 do Código Tributário Nacional foi baseada tal rerratificação.

Contudo, sem razão o Impugnante, pois verifica-se que já que está explícito no *caput* do referido artigo a possibilidade de revisão do lançamento.

Ademais foi reportado na rerratificação a hipótese específica do art. 120, inciso II e §1º do RPTA, que trata, do mesmo modo, da retificação de lançamento, sendo que foi devidamente dada a vista ao Impugnante, que se manifestou aditando a sua impugnação.

Não bastasse, o Fisco em sua manifestação menciona que a rerratificação teve fundamento no inciso IX do referido art 149 do CTN, de modo que a não indicação expressa não é capaz de trazer a pretendida nulidade apontada pela Impugnante.

A reformulação do crédito tributário fundamentou-se nos termos do art. 149, inciso IX do CTN e do art. 120, inciso II combinado com o § 1º do mesmo artigo, ambos do RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Código Tributário Nacional

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

RPTA (Decreto nº 44.747/08)

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

(...)

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.

Ademais, apesar das várias justificativas apresentadas pela Impugnante na tentativa de invalidar o ato fiscal, não houve alegação de nulidade de forma expressa.

Do mesmo modo, o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

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

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

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

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

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa na constatação de falta de recolhimento de ICMS, em razão de saídas desacobertas de documentação fiscal, devido a aquisição de mercadorias com utilização de documentos fiscais que não correspondem a real operação, no período de 01/10/14 a 30/06/19.

Em síntese, o relatório fiscal relata que foi identificado, no período autuado, documentações fiscais emitidas à pessoa física (Coobrigado) Wilker Araújo dos Santos, embora se tratassem de mercadorias comercializadas pela Impugnante, empresa Wilker Araújo dos Santos, evidenciando-se, dessa forma, a simulação de venda a não contribuinte.

Acerca da infração identificada, o próprio Impugnante confessa, afirmando que, em virtude da informalidade da MEI, seus clientes pedem para o Impugnante comprar produtos e depois ressarcir-lo, restando comprovado que o destinatário das mercadorias são os clientes do MEI, e que há, portanto, omissão de saída das referidas mercadorias.

Irrepreensível o trabalho fiscal, que apurou, mediante conferência das NF-e disponíveis no banco de dados da Nota Fiscal Eletrônica da SEF/MG, o crédito tributário referente ao ICMS devido por item nas respectivas notas fiscais emitidas para Wilker Araújo dos Santos, por períodos de apuração previstos pela legislação tributária mineira, acrescido das respectivas multas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse aspecto, é aplicável ao caso o art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, já que há falta de documento fiscal idôneo, e que, portanto, o contribuinte do Simples Nacional deve ser sujeito ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais de acordo com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

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

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 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;

(...)

Ainda, em virtude da extrapolação do limite do MEI que, conforme comprovado na planilha Anexo D – Perda da Condição de MEI, no ano calendário de 2014, o Contribuinte perde a condição de MEI - Microempreendedor Individual no mês de novembro, por ter excedido o limite de receita bruta de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), previsto no § 1º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123/06, para o Impugnante tornou-se obrigatória a emissão de documentos fiscais em todas as operações, e não o fez.

Assim, o desenquadramento, nos termos da alínea “b” do inciso III do § 7º do art. 18-A, da Lei Complementar nº 123/06, ocorreria em 1º de janeiro do ano em que ocorreu o excesso, ou seja, 01/01/14, na hipótese de ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento), ou seja, R\$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais), já que o faturamento apurado no referido ano foi de R\$ 80.396,50 (oitenta mil, trezentos e noventa e seis reais e cinquenta centavos) ou seja, mais de 20% (vinte por cento).

Dessa forma, a partir do mês subsequente ao da ocorrência deste excesso, no caso em tela a partir do mês de janeiro de 2015, exige-se o ICMS e multas cabíveis em virtude das operações estarem desacobertadas de documentos fiscais, nos termos do art. 116, parágrafo único, inciso II da Resolução da CGSN nº 140/18.

Lei Complementar nº 123/06

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo.

(...)

§ 7º O desenquadramento mediante comunicação do MEI à Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB dar-se-á:

(...)

III - obrigatoriamente, quando o MEI exceder, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no § 1º deste artigo, devendo a comunicação ser efetuada até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorreu o excesso, produzindo efeitos:

a) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da ocorrência do excesso, na hipótese de não ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento);

b) retroativamente a 1º de janeiro do ano-calendário da ocorrência do excesso, na hipótese de ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento);

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 116. O empresário perderá a condição de MEI nas hipóteses previstas no art. 115, e deixará de ter direito ao tratamento diferenciado e se submeterá ao cumprimento das obrigações acessórias previstas para os demais optantes pelo Simples Nacional, caso permaneça nesse Regime, ressalvado o disposto no parágrafo único. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18-A, § 9º)

Parágrafo único. Na hipótese de o empresário exceder a receita bruta anual de que trata o art. 100, a perda do tratamento diferenciado relativo à emissão de documentos fiscais previsto no art. 106 ocorrerá: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18-A, § 16)

I - a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da ocorrência do excesso, na hipótese de não ter excedido o referido limite em mais de 20% (vinte por cento);

II - a partir do mês subsequente ao da ocorrência do excesso, na hipótese de ter excedido o referido limite em mais de 20% (vinte por cento).

Noutro ponto, destaca-se que a nota fiscal que apresentar informações que não representam a real operação é considerada documento fiscal ideologicamente falso e faz prova em favor do Fisco, de acordo com os art. 39, § 4º, inciso II, alínea "a",

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

subalínea “a.6” da Lei nº 6.763/75 e art. 133-A, alínea “f” do RICMS/02, infra transcritos:

Lei nº 6.763/75

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

(...)

§ 4º - Na forma que dispuser o regulamento, para efeito da legislação tributária, fazendo prova somente a favor do Fisco, considera-se:

(...)

II - ideologicamente falso:

a) o documento fiscal autorizado previamente pela repartição fazendária:

(...)

a.6 - não enquadrado nas hipóteses anteriores e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação;

RICMS/02

Art. 133-A. Considera-se ideologicamente falso:

(...)

f) não enquadrado nas hipóteses anteriores e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação;

(...)

E, como bem elucidado pelo Fisco em sua manifestação, a saída de mercadoria não declarada é presumida nesses casos, examine-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

(...)

Parágrafo único - Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

RICMS/02

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 5º Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

(...)

Não bastasse, nos termos do art. 149, inciso I, do RICMS/02, corretamente a Fiscalização considerou referidas saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, para todos os efeitos, uma vez que as notas fiscais não eram hábeis ao acobertamento da mercadoria:

Art. 149. Considera-se desacoberta, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

(...)

I - com documento fiscal falso ou ideologicamente falso;

(...)

Dessa feita, em virtude da caracterização de falsidade dos documentos fiscais confrontados na ação fiscal, da qual, ressalta-se, não houve impugnação específica, conforme bem salientado pelo Fisco em sua manifestação, não se aplica o princípio da não-cumulatividade, não havendo que se falar em desconto de créditos destacados.

Nesse sentido é a inteligência do art. 23 da Lei Complementar (LC) nº 87/96, bem como o art. 30 da Lei nº 6.763/75. O direito a crédito está condicionado à idoneidade da documentação fiscal (formal, material e ideológica), bem como os arts 89, inciso I e 89-A ambos do RICMS/02:

Lei Complementar nº87/96

Art. 23 - O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Lei nº6.763/75

Art. 30 - O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ainda pelo reconhecimento da falsidade ideológica da documentação fiscal declarada pela Impugnante, tem-se que, acerca do arbitramento do imposto, a legislação mineira, nos seus arts. 53, inciso III e 54 do RICMS/02 permitem que seja arbitrado pelo Fisco, quando não houver emissão de documento fiscal, e, assim sendo, o Fisco adotará o valor que mais se aproximar dos parâmetros, razão pela qual correta a eleição do art. 73 do Anexo IX do RICMS/02 para a definição do valor da operação, confira-se:

RICMS/02

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

(...)

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

(...)

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

§ 4º Na impossibilidade de aplicação dos valores previstos no caput deste artigo será adotado o valor que mais se aproximar dos referidos parâmetros.

Cumpre ainda destacar que o parâmetro utilizado pelo Fisco foi aplicado às operações de mercadorias não sujeitas à substituição tributária provenientes de fora do Estado (pelo acréscimo da margem média de agregação aos valores obtidos nos documentos fiscais não registrados, como previsto no art. 73, inciso IV do Anexo IX do RICMS/02), sendo que, nas operações adquiridas no território mineiro, o Fisco entendeu ter razão a Impugnante e retirou o percentual de 30% (trinta por cento) do valor da operação, conforme rerratificação do lançamento realizado.

Salienta-se que o Impugnante se opõe ao parâmetro adotado, sem, contudo, apresentar provas ou documentos que possam adequar o percentual adotado pelo Fisco, não se aproveitando da prerrogativa que lhe concede o § 2º do mesmo art. 54 do RICMS/02:

RICMS/02

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

§ 2º O valor arbitrado pelo Fisco poderá ser contestado pelo contribuinte, mediante exibição de documentos que comprovem suas alegações.

(...)

Já no que diz respeito às multas aplicadas, restou demonstrado nos autos que, além de utilizar documento fiscal de entrada ideologicamente falso e assim não o

declarar corretamente, a Autuada continuou exercendo sua atividade sem a emissão de notas fiscais, como se ainda fosse MEI.

Dessa forma, a falta de recolhimento do ICMS devido, implica na aplicação da Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II da Lei Estadual nº 6.763/75, pelo descumprimento da obrigação principal, veja-se:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

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

No que diz respeito à multa isolada, esta se aplica em virtude do descumprimento de obrigação acessória, tendo fundamento totalmente diverso da multa anterior.

Nesse sentido, a Lei nº 6.763/75 traz, em seu art. 16, as obrigações acessórias impostas aos contribuintes. Desses incisos, a Autuada infringiu dois deles, os incisos VII e o XIII, quais sejam:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada.

(...)

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

(...)

Pelo inadimplemento da obrigação acessória acima, aplicável ao contribuinte a Multa Isolada, nos termos do art. 55, inciso II da Lei Estadual nº 6.763/75, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Não bastasse, a Autuada está sendo excluída do regime diferenciado do Simples Nacional, pelas infrações identificadas na ação fiscal, não havendo que se falar, portanto, em aplicação do art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 (tendo sido aplicado, *in casu*, o art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “f” da mesma Lei), de modo que ambas as multas encontram respaldo na lei mineira e, portanto, corretas suas cobranças.

Aos 07/01/20, o Contribuinte é cientificado do novo Termo de Exclusão do Simples Nacional, conforme AR (Aviso de Recebimento), às fls. 147/148.

A fundamentação para a exclusão do Contribuinte do Simples Nacional é exatamente a mesma na qual se baseou a lavratura do citado Auto de Infração, qual seja, a ocorrência reiterada de infração à legislação tributária em razão de saída de mercadorias desacobertadas.

A propósito da matéria, assim dispõe a Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

Das Obrigações Fiscais Acessórias

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;

(...)

Da Exclusão do Simples Nacional

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes”.

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

(...)

§ 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

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

(...)

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11 atualizado pelo art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18, 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.

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 4º Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º.

§ 7º Ainda que a ME ou EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos tributários junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso V do caput e no § 1º, ambos do art. 76.

CGSN nº 140/18

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

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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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. 122. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou a EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Se não houver, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, condicionados os efeitos dessa exclusão a esse registro, observado o disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, condicionados os efeitos dessa exclusão à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 7º Ainda que a ME ou a EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se tiver débitos perante a Fazenda Pública Municipal, ausência de inscrição ou irregularidade no cadastro fiscal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional por esses motivos, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1º, todos do art. 84. (Lei Complementar nº 123, art. 29, §§ 3º e 5º; art. 33, § 4º)

§ 8º Ainda que a ME ou a EPP não tenha estabelecimento em sua circunscrição o Estado poderá excluí-la do Simples Nacional se ela estiver em débito perante a Fazenda Pública

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estadual ou se não tiver inscrita no cadastro fiscal, quando exigível, ou se o cadastro estiver em situação irregular, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1º, todos do art. 84. (Lei Complementar nº 123, art. 29, §§ 3º e 5º; art. 33, § 4º)

Dessa forma, a legislação determina a exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06 quando restar comprovada, entre outras, a prática reiterada da infração de saídas de mercadorias descobertas de documentos fiscais, conforme estabelece o art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11 atualizado pelo art. 84 da Resolução CGSN nº 140/18, *in verbis*:

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 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

CGSN n° 140/18

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas 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

(...)

Portanto, correta a exclusão de ofício da Impugnante do Simples Nacional na medida em que restou comprovada a prática reiterada da infração consistente na saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Quanto à eleição do titular da empresa para o polo passivo da obrigação tributária, é importante ressaltar que no que pertine ao empresário individual, sua

responsabilidade é ilimitada, isto é, todo o patrimônio da pessoa física assegura os débitos contraídos em sua atuação empresarial.

É que o registro do empresário individual não dá origem a uma pessoa jurídica distinta de sua pessoa física, muito embora, para fins tributários, tenha também que providenciar sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica. Como não há personificação jurídica sobressalente, também não há diferenciação patrimonial entre o conjunto de bens destinado para o exercício da empresa e os demais bens particulares.

Portanto, não há bipartição entre a pessoa natural e a firma por ele constituída.

Assim, nos casos de exigências fiscais em que figura como sujeito passivo um contribuinte “empresário” (individual), o titular do estabelecimento - pessoa física - responde com todos os seus bens patrimoniais tanto pelos débitos do CNPJ, quanto pelos do CPF, haja vista que os patrimônios se confundem, fazendo de uma só pessoa o sujeito de direitos e obrigações

Nessa linha, a capitulação legal encontra-se devidamente registrada no Auto de Infração, veja-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não recolhimento do tributo por estes. (Grifou-se).

Lei nº 10.406/02

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

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

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

Lei nº 13.105/15

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se aqui a ementa do Processo REsp 102539 SP 1996/0047799-0 do STJ:

PROCESSUAL - COMERCIANTE EMPRESA INDIVIDUAL - OUTORGA DE PROCURAÇÃO - DESNECESSIDADE. I - NÃO É CORRETO ATRIBUIR-SE AO COMERCIANTE INDIVIDUAL, PERSONALIDADE JURÍDICA DIFERENTE DAQUELA QUE SE RECONHECE A PESSOA FÍSICA. II - OS TERMOS "PESSOA JURÍDICA", "EMPRESA" E "FIRMA" EXPRESSAM CONCEITOS QUE NÃO PODEM SER CONFUNDIDOS. III - SE O COMERCIANTE EM NOME INDIVIDUAL E ADVOGADO, NÃO NECESSITA DE PROCURAÇÃO, PARA DEFENDER EM JUÍZO OS INTERESSES DA EMPRESA, POIS ESTARÁ POSTULANDO EM CAUSA PRÓPRIA (CPC ART. 254, I). IV - SE O GERENTE DE SOCIEDADE É ADVOGADO, ELE NÃO NECESSITA DE PROCURAÇÃO, PARA O PATROCÍNIO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA. EM ESTANDO CREDENCIADO PARA O EXERCÍCIO DO "JUS POSTULANDI", O GERENTE AGIRÁ COMO ÓRGÃO DA PESSOA JURÍDICA, EQUIPARANDO-SE AO ADVOGADO EM CAUSA PRÓPRIA.

(STJ - RESP: 102539 SP 1996/0047799-0, RELATOR: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS, DATA DE JULGAMENTO: 12/11/1996, T1 - PRIMEIRA TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJ 16/12/1996 P. 50779)

Salienta-se que não é somente o fato de ser titular da empresa que gera a responsabilidade tributária, mas a natureza da infração imputada ao contribuinte pelo Fisco e a caracterização de atos da pessoa física que geraram o descumprimento das normas legais e regulamentares.

Observa-se que a solidariedade do Coobrigado, em função de ser o titular da empresa, deu-se também por ser o responsável pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, nos termos da legislação tributária vigente.

O art. 21 da Lei nº 6.763/75 trata a questão nos seguintes termos:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Tem-se, portanto, que o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, tendo sido devidamente comprovada a simulação e a saída desacobertada, resta evidente que as infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas.

Por fim, o presente processo tributário administrativo observou todas as regras do RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, sendo certo que, nos termos de seu art. 120, inciso I, após a manifestação fiscal, o PTA será encaminhando ao Conselho de Contribuintes para inclusão em pauta para julgamento, não havendo qualquer previsão legal de que o Impugnante tenha nova vista do PTA após a manifestação fiscal. Razão pela qual indeferiu-se o pleito realizado pela Tribuna, de retirada do processo de pauta para vista da manifestação fiscal:

RPTA/08

Art. 120. Recebida 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.

(grifou-se).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, por maioria de votos, em indeferir a retirada do processo de pauta, solicitada da Tribuna para vistas do patrono da Impugnante, da Manifestação Fiscal, de fls. 166/185, de forma a subsidiar sua defesa oral. Vencido o Conselheiro Eduardo de Souza Assis (Revisor), que a deferia. Ainda, 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. 125/142. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Leandro Araújo Guerra e, pela Fazenda Pública

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 09 de dezembro de 2020.

**Renata Pereira Schetini
Relatora**

**Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor**

CS/D

CCMIG