

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.216/22/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002384426-81
Impugnação: 40.010154540-02
Impugnante: Wagner Wilson Ferreira Bernardes 10222969652
IE: 002255292.00-39
Coobrigado: Wagner Wilson Ferreira Bernardes
CPF: 102.229.696-52
Proc. S. Passivo: Alaita Tavares Peruzetto/Outro(s)
Origem: DF/Pouso Alegre

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. A titular da empresa individual responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil e art. 789 do Código de Processo Civil. No caso do presente processo, há comprovação de seus atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 94, de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito/débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/18 a 30/06/21.

A Autuada é optante pelo regime de tributação do Simples Nacional desde 04/11/13.

Foi lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000042336.60 (págs. 06), o qual foi cientificado à Contribuinte em 29/04/22 (págs. 08), por meio do qual foi requisitada a apresentação pelo Contribuinte, no prazo de 07 (sete) dias úteis contados após o recebimento do AIAF, por meio do e-mail: daisi.soares@fazenda.mg.gov.br, da Planilha de Detalhamento de Vendas, conforme modelo que seguiu em anexo a este, relativa ao período de 01/01/17 a 31/05/21 (págs. 190/195).

Em 27/06/22, foi, então, emitido o Auto de Infração de págs. 01/05. Por meio deste, são exigidos o ICMS, a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no inciso I do § 2º do citado artigo.

Além do Relatório de Autuação Fiscal às págs. 09/19, integram o presente Auto de Infração os seguintes documentos:

- Anexo 1. Conclusão Fiscal Auditor 2018 (págs. 20/21);
- Anexo 2. Conclusão Fiscal Auditor 2019 (págs. 22/23);
- Anexo 3. Conclusão Fiscal Auditor 2020 (págs. 24/25);
- Anexo 4. Conclusão Fiscal Auditor 2021 (págs. 26/27);
- Anexo 5. Conclusão Fiscal Final 2018 (págs. 28/29);
- Anexo 6. Conclusão Fiscal Final 2019 (págs. 30/31);
- Anexo 7. Conclusão Fiscal Final 2020 (págs. 32/33);
- Anexo 8. Conclusão Fiscal Final 2018 (págs. 34/35);
- Anexo 9. Detalhamento de Vendas 2018 (págs. 36/37);
- Anexo 10. Detalhamento de Vendas 2019 (págs. 38/39);
- Anexo 11. Detalhamento de Vendas 2020 (págs. 40/41);
- Anexo 12. Detalhamento de Vendas 2021 (págs. 42/43);
- Anexos 13 a 60. PGDAS 01/2018 a 12/2021 (págs. 44/188);
- Anexo 61. Planilhas Enviadas p/ Autuada (págs. 189/195);
- Termo de Exclusão - Notificação (págs. 197/198);
- Termo de Exclusão – Termo de Intimação (págs. 199/200);

- Termo de Exclusão – Intimação (págs. 201);
- Documento de Ciência do Auto de Infração (págs. 202);
- Registro de Ciência da Intimação do Termo de Exclusão do Simples Nacional pela Autuada em 08/07/22 (págs. 203).

O Sr. Wagner Wilson Ferreira Bernardes, CPF nº 102.229.696-52, foi inserido no polo passivo da autuação na condição de Coobrigado, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) (Lei Federal nº 5.172/66) c/c art. 21, inciso XII, e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e, ainda, arts. 966 e 967 do Código Civil (Lei Federal nº 10.406/02) e art. 789 do Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/15).

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada supra identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional (págs. 197/198), tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 9º, inciso I e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e §§ 3º, 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140/18.

A Autuada foi cientificada da emissão do Auto de Infração e do Termo de Exclusão do Simples Nacional em 08/07/22, conforme documentos às págs. 202/203.

Inconformada, a Autuada apresenta, por procurador legalmente constituído e tempestivamente, Impugnação ao Auto de Infração às págs. 208/224, anexando documentos às págs. 225/248.

A Fiscalização manifesta-se às págs. 249/262.

DECISÃO

Das Preliminares

A Impugnante afirma que o procedimento fiscal deve ser feito com clareza, numa linguagem comum, que permita às partes fornecerem as informações necessárias à autoridade julgadora para que esta forme seu juízo, permitindo ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Entende que o Auto de Infração não traria de forma fidedigna o suposto ICMS arbitrado pelo Fisco; não traria, ainda, informações claras quanto à efetiva venda de mercadorias; tampouco se há incidência de ICMS sobre a saída das supostas mercadorias; e, por fim, se houve segregação entre venda e prestação de serviços.

Requer a anulação do Auto de Infração por não oferecer informações claras e não atender o disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), instituído pela Lei nº 5.172/66.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Destaque-se, nesse sentido, que o relatório do Auto de Infração (pág. 01) e o Relatório Fiscal a ele anexado (fls. 09/19), são absolutamente claros quanto ao fato que motivou a presente autuação.

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

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

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

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Como relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito/débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/18 a 30/06/21.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional (págs. 197/198), tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 9º, inciso I e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e §§ 3º, 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140/18.

A Impugnante é optante pelo regime de tributação do Simples Nacional desde 04/11/13. Está, portanto, submetida à obrigação de emitir documento fiscal a cada operação de saída que realizar.

Essa obrigação encontra-se prevista no art. 26, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, que assim dispõe:

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

Nos Anexos 13 a 54, às págs. 44/166, constam cópias dos PGDAS-D transmitidos pela Impugnante no período de 01/01/18 a 31/05/21, nos quais se verifica que esta somente declarou receita bruta auferida no mês de junho de 2021 (vide pág. págs. 168). Os demais meses do período apresentam receita bruta igual a zero.

Verifica-se que a irregularidade apontada pela Fiscalização na peça fiscal está claramente provada, pois:

- por um lado, tem-se PGDAS-D do período de janeiro de 2018 a maio de 2021, nos quais **a Impugnante não informou qualquer operação por ela realizada ou faturamento por ela auferido** (quanto ao mês de junho de 2021, este será tratado logo a seguir);

- e do outro, tem-se os extratos das administradoras de cartões de crédito/débito, do período de 01/01/18 a 30/06/21, cujas informações foram transcritas nas planilhas dos Anexos 9 a 12, denominados “Detalhamento de Vendas”, do período de 2018 a 2021 (págs. 36/43), a comprovar que houve, sim, operações que geraram faturamento, o qual foi omitido pela Impugnante.

A Impugnante alega que o Fisco não levou em consideração os valores já pagos no PGDAS.

Contudo, no período de janeiro de 2018 a maio de 2021, não houve recolhimento algum realizado pela Impugnante, na medida em que esta não informou nenhum faturamento.

Quanto ao mês de junho de 2021, em que houve receita bruta declarada pela Impugnante no PGDAS-D de págs. 168/169, no valor de R\$ 670,00 (seiscentos e setenta reais), este valor foi deduzido de R\$ 903,68 (novecentos e três reais e sessenta e oito centavos), referentes às “Vendas apuradas” na planilha “Conclusão Fiscal Final 2021” (págs. 34/35), restando como “faturamento omitido” o valor de R\$ 233,68 (duzentos e trinta e três reais e sessenta e oito centavos), tomado como base de cálculo do valor do ICMS devido para o referido mês.

A Fiscalização tomou, portanto, a receita bruta de vendas omitidas, gerada no referido período, para o cálculo do ICMS, tendo como fonte as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, bem como as informações transmitidas via PGDAS-D.

A Impugnante adverte não haver, na peça fiscal, informações claras quanta à efetiva venda de mercadorias.

Insurge-se contra o fato de que o Auto de Infração não considera, para fins de cálculo do ICMS devido, a necessária segregação entre as vendas de mercadorias e a prestação de serviços (págs. 211 e 215).

Reclama, ainda, que o Fisco teria exigido, na peça fiscal, o pagamento integral do valor de ICMS, sem levar em consideração que as mercadorias destinadas a autopeças estão sujeitas a substituição tributária (págs. 213 e 215).

Alega, ainda, que: *“se houvesse a suposta venda de mercadorias, e não estivesse sujeita a ST, seria necessária a apuração das entradas (compras) de*

mercadoria pelo contribuinte, ou seja, o crédito tributário a ser abatido dos débitos (págs. 214)”.

Conforme informado pela Fiscalização, o estabelecimento autuado está cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda de MG – SEF/MG sob o CNAE-F nº 4530-7/03, qual seja, comércio varejista de peças e acessórios novos para veículos automotores, seguimento para o qual não há previsão legal de alíquotas diferenciadas, tampouco de benefício fiscal, aplicáveis às saídas promovidas pela Impugnante no período autuado.

Quanto à eventual segregação entre as saídas de mercadorias com tributação normal, saídas sujeitas à substituição tributária, ou ainda prestações de serviços sujeitos ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), esta não se mostrou possível, tendo em vista que a Impugnante não emitiu notas fiscais.

Considere-se, ainda, que a Impugnante não forneceu as informações/documentos a respeito das operações e prestações realizadas, ou mesmo de eventual recolhimento do imposto municipal, seja nos PGDAS-D transmitidos, seja por ocasião da apresentação de sua Impugnação.

Sobre o tema, assim manifesta-se a Fiscalização à págs. 252:

As operações de vendas realizadas utilizando o sistema de cartão de crédito/débito foram efetuadas sem a emissão de documentação fiscal que comprovassem inequivocamente que tais mercadorias eram autopeças.

Como pode ser observado a maior parte dos PGDAS estão sem movimento, não ocorrendo assim o registro de vendas de mercadorias sujeitas à ST ou a prestação de serviços.

A empresa não apresentou documentação fiscal que comprovasse a prestação de serviços e assim o recolhimento do imposto municipal.

Não tendo a Autuada procedido à emissão de documento fiscal, restou caracterizada a saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal.

Os valores indicados nos anexos do Auto de Infração a título de informações das Administradoras espelham exatamente o que estas informam.

Sabe-se que todo contribuinte que utiliza o cartão de crédito ou débito como meio de venda, recebe mensalmente um extrato das administradoras dos cartões indicando as vendas efetuadas, havendo um controle da parte deste visando conferir os lançamentos.

Assim, sabe o quanto vendeu diária e mensalmente. A Autuada, sendo o caso, poderia ter apresentado provas

que contradissem àquelas apresentadas no Auto de Infração, mas não o fez.

Pelo contrário, emitiu PGDAS zeradas. O único mês dentro do período autuado que apresentou movimento, junho/2021, foi considerado no abatimento da base de cálculo do imposto.

Sendo assim, resta inviabilizado, pela própria conduta da Impugnante, o atendimento do pleito relativo a eventuais operações com substituição tributária e a prestações de serviços, ou mesmo a reclamação por falta de informações claras sobre a efetiva venda de mercadorias.

Os valores do “faturamento omitido” foram arbitrados, nos termos do art. 51, inciso III da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

(...)

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

A apuração do faturamento omitido pela Impugnante foi apresentada nos Anexos 1 a 4, denominados “Conclusão Fiscal Auditor” no período de 2018/2021 (págs. 20/27).

Já nos Anexos 5 a 8, é apresentada a proporção de 100% (cem por cento) entre o faturamento auferido para o qual **não há substituição tributária** e o faturamento total auferido. Nessas planilhas consta, ainda, o cálculo do ICMS exigido para período de apuração, por meio da aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre a base de cálculo, que corresponde ao faturamento omitido.

O Demonstrativo do Crédito Tributário, por ano, é apresentado no item 6 do Relatório de Autuação Fiscal às págs. 18/19.

Resta afastada, portanto, a alegação de que a peça fiscal não traria de forma fidedigna o ICMS exigido.

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, V 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;

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Registre-se que se encontram regulamentadas nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02 as obrigações, impostas às administradoras de cartões, de manutenção e entrega de arquivo eletrônico referente à totalidade das operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares. Veja-se:

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>.

(...)

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

ww.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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

As informações prestadas pela administradora de cartão de crédito/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.

Parágrafo único. As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, conforme leiaute previsto em ato COTEPE/ICMS, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Caracterizada a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *in verbis*:

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

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

Em sua Defesa, a Impugnante alega que o Fisco teria tratado a empresa como sendo de lucro presumido, apesar de que aquela tenha optado pelo regime do Simples Nacional. Alega, ainda, que a peça fiscal representaria tributar a empresa no regime periódico de apuração (págs. 211).

Contudo, não cabe razão à Impugnante.

Mesmo estando a Autuada enquadrada no regime do Simples Nacional, a conduta ilícita de dar saída a mercadorias desacobertadas de documentação fiscal leva à apuração do ICMS e multas devidas não mais pela sistemática deste regime de recolhimento, mas segundo a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, abaixo transcrito:

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;

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG), 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)

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

No presente caso, a alíquota aplicável às saídas realizadas pela Impugnante é a prevista no art. 42, inciso I, alínea "e" do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

Verifica-se que, ao ICMS exigido, foi acrescida a Multa de Revalidação, conforme previsto no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, transcrita a seguir:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já a Multa Isolada está prevista no art. 55, inciso II, com a aplicação do limitador previsto no § 2º, inciso I do citado artigo, todos da Lei 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 desacobertada 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:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação; (Grifou-se).

Considerando-se que as infrações, a que se refere o inciso II do referido art. 55, não foram apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente **em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do Contribuinte**, conclui-se estarem corretas as exigências feitas na peça fiscal.

Conforme relatado, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária o Sr. Wagner Wilson Ferreira Bernardes, empresário individual, na condição de Coobrigado, com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, inciso XII e § 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:

(...)

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.

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Quanto à irresignação da Impugnante pela eleição do titular da empresa para o polo passivo da obrigação tributária, verifica-se, de início, que as infrações narradas no Auto de Infração, devidamente caracterizadas nos autos, **não** se confundem com mero inadimplemento da obrigação tributária, tratando-se, na verdade, de atos contrários à lei, de infração em cuja definição o dolo específico é elementar.

Além disso, no caso do presente processo, a pessoa jurídica autuada é uma firma individual, modalidade de sociedade em que o patrimônio da empresa se confunde com o do próprio titular, sendo ilimitada a responsabilidade deste, não fazendo sentido, portanto, qualquer arguição de ilegitimidade passiva.

Cumpre destacar que a condição de empresário individual tem previsão nos arts. 966 e 967 do Código Civil (Lei nº 10.406/02) e, neste caso, não existe distinção de personalidade jurídica entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Já o art. 789 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) dispõe que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei. Veja-se:

Lei nº 10.406/02 - (CC)

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

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

Lei nº 13.105/15 - (CPC)

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.

Para todos os efeitos legais, o empresário individual é pessoa física, embora inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ. Não há separação do patrimônio das pessoas físicas e jurídicas. A responsabilidade patrimonial é ilimitada.

São várias as decisões de nossos tribunais nesse sentido, dentre as quais podem ser destacadas:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FIRMA INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TITULAR. LEGITIMIDADE PASSIVA.

I - CONQUANTO SEJA POSSÍVEL NOVO DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA INCLUIR OS SÓCIOS NO POLO PASSIVO DO EXECUTIVO FISCAL MOVIDO CONTRA EMPRESA EXECUTADA, "É NECESSÁRIO QUE A FAZENDA PÚBLICA ESPECIFIQUE O FUNDAMENTO QUE LHE AUTORIZA AFIRMAR A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO, CABENDO-LHE TRAZER AOS AUTOS DA EXECUÇÃO ELEMENTOS QUE CORROBREM A SUA ALEGAÇÃO" (AG 2003.01.00.003134-6/MG, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, 8ª TURMA DO TRF DA 1ª REGIÃO, JULGADO EM 22/10/2003).

II - EM SE TRATANDO DE FIRMA INDIVIDUAL, TODAVIA, A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO É ILIMITADA, E SEU PATRIMÔNIO SE CONFUNDE COM O DA EMPRESA. PRECEDENTES: STJ, RESP 507317/PR, REL. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU/I DE 08/09/2003, P. 241; TRF-1ª REGIÃO, AC 1997.01.00.032436-6/RR, REL. JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES, SEGUNDA TURMA SUPLEMENTAR, DJU/II DE 14/11/2002, P. 362; ENTRE OUTROS.

III - AGRAVO PROVIDO.

(TRF1 - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AG 4807 RR 2003.01.00.004807-2 - PUBLICAÇÃO: 27/02/2004 DJ P.97)

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO POR TRIBUTOS A CARGO DA PESSOA JURÍDICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

"1. É DA ESSÊNCIA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO A BUSCA DA SATISFAÇÃO RÁPIDA E EFICAZ DO CREDOR. POR ESSE MOTIVO, O NOSSO SISTEMA PROCESSUAL ESTABELECEU COMO CONDIÇÃO ESPECÍFICA DOS EMBARGOS DO DEVEDOR A SEGURANÇA DO JUÍZO, CAPAZ DE TORNAR ÚTIL O PROCESSO APÓS A REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

2. TODAVIA, A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO TÍTULO EXECUTIVO QUE POSSAM SER DECLARADOS DE OFÍCIO, VÊM ADMITINDO A UTILIZAÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, CUJA PRINCIPAL FUNÇÃO É A DE DESONERAR O EXECUTADO DE PROCEDER À SEGURANÇA DO JUÍZO PARA DISCUTIR A INEXEQUIBILIDADE DE TÍTULO OU A ILIQUIDEZ DO CRÉDITO EXEQUENDO.

3. VERSANDO A CONTROVÉRSIA RESPONSABILIDADE DE SÓCIO POR TRIBUTOS DEVIDOS PELA PESSOA JURÍDICA, A SOLUÇÃO REPOUSA NO EXAME DE PROVAS.

4. TRATANDO-SE DE FIRMA INDIVIDUAL, A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO É ILIMITADA, O QUE, A FORTIORI, OBSTA A ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, MORMENTE EM SE TRATANDO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, ONDE NÃO SE ADMITE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO." G.N."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 507.317 - PR - DJ
08/09/2003 P. 241) (DESTACADO)

Desnecessária, portanto, a aplicação ao presente caso do instrumento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei nº 13.105/15, como pretende a Impugnante, tendo em vista que a responsabilidade patrimonial do empresário individual é ilimitada.

Correta, portanto, a inclusão do Sr. Wagner Wilson Ferreira Bernardes, empresário individual, no polo passivo da obrigação tributária, nos termos da legislação supra identificada.

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

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

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, 28 e 29, incisos V e XI, §§ 1º, 3º e § 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11, atualizada pelo art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18. Veja-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;

(...)

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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

Resolução CGSN nº 94/11

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Resolução CGSN nº 140/18

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

(...)

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

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j) se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106; e

(...)

§ 3º 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 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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 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:

I - da RFB;

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

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

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

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

Resolução 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)

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

Na peça de Defesa, a Impugnante alega que foi desenquadrada do regime de tributação do Simples Nacional por: *“deixar de efetuar o pagamento de ICMS ao fisco estadual”*.

Contudo, reforça o argumento de que as: *“supostas mercadorias comercializadas são sujeitas a substituição tributária, e mesmo que de fato fossem comercializadas, o que não foi provado pelo Fisco, não haveria ICMS a ser pago, visto a substituição tributária é de responsabilidade pelo primeiro da cadeia”*.

Reitera argumento relativo à falta de segregação entre mercadorias comercializadas e prestações de serviço realizadas.

Daí, conclui que as exigências do Fisco: *“resultaram em uma irreparável insegurança jurídica experimentada pela autuada, vez que traz a ele uma ausência de clareza tamanha, bem como desconfiança nas normas apontadas pelo próprio estado, visto exigir de determinada atividade uma conduta e em determinado momento, autua por estar infringindo uma outra norma que não tem aplicação para a atividade exercida pelo contribuinte”*.

Contudo, nestes temas a razão não se encontra ao lado da Impugnante, pois, como já esclarecido anteriormente, esta não trouxe aos autos elementos de prova que corroborem com suas alegações, tanto no que toca às operações sujeitas à substituição tributária, quanto no que diz respeito às prestações de serviço realizadas.

E isto se mostra evidente na medida em que, como já mencionado, os PGDAS-D foram transmitidos fazendo constar a receita bruta auferida como correspondente a zero, com exceção do já mencionado mês de junho de 2021, o qual foi considerado pela Fiscalização, para fins de cálculo do ICMS devido.

A Impugnante não forneceu as informações/documentos a respeito das operações e prestações realizadas, ou mesmo de eventual recolhimento do imposto municipal, seja nos PGDAS-D transmitidos, seja por ocasião da apresentação de sua impugnação.

A exclusão da Impugnante do Simples Nacional decorre da comprovação do cometimento de conduta ilícita pelo contribuinte que, conforme disposto na Lei Complementar nº 123/06, enseja sua exclusão.

No presente caso, seria o descumprimento reiterado da obrigação de emitir documento fiscal de venda, conforme estipulado no art. 26, inciso I c/c art. 29, incisos V e XI da referida lei complementar.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, após a apreciação sobre a procedência do lançamento pelo Conselho de Contribuinte de Minas Gerais, o processo de exclusão do Simples Nacional é concluído.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CCMG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

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

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

No caso, a Autuada foi excluída do regime do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e § § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06.

O Contribuinte foi intimado da exclusão conforme Registro de Ciência, em 08/07/22, à págs. 203. Impugnou a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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

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

(...)

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

(...)

MÉRITO

PRIMEIRAMENTE ALEGA O APELANTE QUE SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ESTÁ EIVADA DE VÍCIO, POIS O LANÇAMENTO NÃO INDICA O MANDAMENTO CONTIDO NA LC 123/06 OU OUTRA LEGISLAÇÃO CORRELATA QUE DARIA SUPORTE AO ATO, RESTANDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

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

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

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

TAL TERMO FOI DEVIDAMENTE RECEBIDO E ASSINADO PELO APELANTE, LHE SENDO ASSEGURADA A APRESENTAÇÃO DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. (...) (GRIFOU-SE).

Quanto ao mérito da exclusão, verifica-se que ela decorre da comprovação da prática reiterada de infração à legislação do Simples Nacional, o que se deu no presente caso. O primeiro mês da irregularidade foi janeiro de 2018, fazendo com que a prática reiterada esteja caracterizada a partir de 01/02/18, como consta no Termo de Exclusão.

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

As questões de cunho constitucional suscitadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, “*a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda*”.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Jesunias Leão Ribeiro (Relator), que o julgava parcialmente procedente, para adequar a Multa Isolada ao disposto na alínea a, inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Em seguida, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Designado relator o Conselheiro Alexandre Périssé de Abreu (Revisor). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich e Jesunias Leão Ribeiro.

Sala das Sessões, 27 de setembro de 2022.

Alexandre Périssé de Abreu
Relator designado

Geraldo da Silva Datas
Presidente

IS/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.216/22/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002384426-81
Impugnação: 40.010154540-02
Impugnante: Wagner Wilson Ferreira Bernardes 10222969652
IE: 002255292.00-39
Coobrigado: Wagner Wilson Ferreira Bernardes
CPF: 102.229.696-52
Proc. S. Passivo: Alaita Tavares Peruzetto/Outro(s)
Origem: DF/Pouso Alegre

Voto proferido pelo Conselheiro Jesunias Leão Ribeiro, nos termos do art. 83 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.

Como já tratado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito/débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/18 a 30/06/21.

A Impugnante pugna pela redução da Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 ao percentual de 20% (vinte por cento), nos estritos termos previstos na alínea “a” do dispositivo, conforme transcrição do mesmo, *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 desacoberta 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:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

(...)

A divergência reside exatamente no entendimento da maioria do Colegiado de como se deu o convencimento do Fisco no presente caso, ou seja, interpretação literal da previsão legal a embasar a redução pretendida pelo Impugnante.

Importante ressaltar que, a redução prevista na alínea “a” do art. 55 da Lei nº 6.763/75 retrotranscrita, restringe-se à situação em que as infrações forem apuradas com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte. (grifei)

Ora, a acusação fiscal em tela cuidou exatamente da análise de confronto entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito e as notas fiscais emitidas pelo Contribuinte Impugnante.

Considerando-se que essas informações prestadas pelas administradoras de cartões são, também, documentos fiscais, nos termos do inciso III do art. 132 do RICMS/02, a seguir transcrito, impõe-se a redução da citada penalidade ao percentual de 20% (vinte por cento), não podendo deixar de ser observada a limitação imposta pelo § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75:

RICMS/02

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

(...)

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

(...)

É certo que, nos presentes autos, a Fiscalização tomou como base exclusivamente as informações enviadas pelas administradoras de cartões de créditos.

Informa o Fisco que os PGDAS enviados pelo Impugnante estavam sem movimento, não ocorrendo assim o registro de vendas de mercadorias sujeitas à ST ou a prestação de serviços.

Mesmo que fossem considerados os PGDAS enviados pela Impugnante confrontados com as informações enviadas pelas Administradoras de Cartões de Crédito e Débito, o que realmente ocorreu nos presentes Autos, a redução da multa aqui pretendida estaria em perfeita sintonia ao disposto no inciso III do art. 132 do RICMS/02 acima citado, ou seja, todos os documentos analisados para se chegar a autuação, o foram com base em “*documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte*”, conforme dicção expressa na letra a do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 já citado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com a devida vênia ao entendimento exposto pelo restante do Colegiado, é como voto.

Sala das Sessões, 27 de setembro de 2022.

Jesunias Leão Ribeiro
Conselheiro

CCMIG