

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.245/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001700412-70
Impugnação: 40.010151218-61 (Coob.)
Impugnante: Christian Albernaz Pimenta (Coob.)
CPF: 012.438.006-90
Autuado: Drogaria PHS Ltda
IE: 112839177.00-82
Coobrigado: Antônio da Penha Pimenta
CPF: 152.826.786-91
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

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

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, constantes do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) e dos 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. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Adequa-se, ainda, a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

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

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o não recolhimento de ICMS em decorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela empresa autuada e os valores constantes em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, no período de 01/01/16 a 31/12/19.

Foram incluídos como Coobrigados os sócios-administradores Antônio da Penha Pimenta e Christian Albernaz Pimenta, em função de suas responsabilidades pelos atos praticados na gestão da empresa, com base no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a 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 (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 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, com efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2016.

Inconformada, Autuada e Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação, argumentando em síntese:

(i) que todas as saídas de mercadorias da Impugnante foram feitas acobertadas de cupons fiscais, conforme arquivos XMLs anexos à impugnação;

(ii) durante o período 01/14 a 11/19, a Impugnante optou por compensações que foram glosadas posteriormente pela Receita Federal, motivo pelo qual as PGDAS encontravam-se “zeradas” durante o referido período;

(iii) considerando a glosa dos créditos pela Receita Federal, a Impugnante aderiu ao parcelamento do débito do Simples Nacional referente ao período de 01/14 a 11/19;

(iv) somente a Receita Federal do Brasil é a responsável pelo cancelamento de parcelamentos do Simples Nacional, nesta esteira, tendo em vista que referido parcelamento ainda se encontra em vigor, não há valores a serem exigidos.

Ato seguinte, nos termos do art. 145, inciso I, do CTN, a Fiscalização procedeu à reformulação do lançamento contido no Auto de Infração, em razão de acatamento parcial da Impugnação apresentada pelo Sujeito Passivo e Coobrigados.

Após análise dos argumentos e documentos apresentados na Impugnação e seus anexos no grupo “*Impugnação*”, tipo “*Impugnação e Anexos da Impugnação*”, a Fiscalização entendeu que parcial razão assiste aos Impugnantes, lavrando “*Termo de Reformulação de Lançamento*”, acostado ao e-PTA ao grupo “*Reformulação do Lançamento*”, anexo “*Termo de Reformulação*”.

Desse modo, foram considerados os cupons fiscais emitidos apresentados na Impugnação e seus anexos. Porém, como estes cupons não foram apresentados eletronicamente no formato previsto no Ato Cotepe nº 17/04, o cruzamento eletrônico foi realizado com os arquivos apresentados via Sintegra e conferido por amostragem

com os arquivos em PDF dos cupons emitidos apresentados no grupo “*Impugnação*”, tipo “*Anexos da Impugnação*”.

O acatamento parcial da Impugnação levou a uma redução no valor do crédito tributário lançado, composta de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, nos valores individualizados por rubrica e competência constantes do “*Demonstrativo de Valores Excluídos*”, anexo ao Termo de Reformulação do Lançamento.

Por fim, a Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal destacando a legalidade dos procedimentos adotados e a conformidade das penalidades aplicadas. Ressalta que, conforme ficou comprovado no cruzamento de dados, a Impugnante realizou operações de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, as quais não se aplica a modalidade de pagamento do regime do Simples Nacional, nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06. Consequentemente, o ICMS devido nessas operações deverá ser recolhido à parte do Simples Nacional. Diante disso, sustenta que o parcelamento do Simples Nacional junto à Receita Federal, não quita o ICMS apurado no presente Auto de Infração, como alega a Defesa.

A Fiscalização destaca ainda que a Impugnante diz que o período do parcelamento compreende de 01/14 a 11/19. Entretanto, na cópia do recibo de adesão inserida no anexo 18, grupo “*Impugnação*”, tipo “*Anexos da Impugnação*” o período correto é de 01/14 a 12/17, de 01 a 04/19 e 11/19, ou seja, não abarca todo o período fiscalizado no Auto de Infração, compreendido de 01/16 a 12/19. Portanto, os meses de 01 a 12/18 e 05 a 10/19 e 12/19 não estão abrangidos pelo parcelamento.

Denote-se, ainda, que houve somente o pagamento da primeira parcela do total de 60 (sessenta) parcelas pactuadas, o que acarretou encerramento por rescisão do parcelamento, em 16/05/21, como demonstrado na consulta Pedidos de Parcelamento.

Ressalta a Fiscalização que o débito de ICMS pago na primeira parcela é referente ao período de apuração de 01/14, sendo assim não contempla nenhum mês fiscalizado, conforme extrato do DAS.

Em sessão realizada em 04/05/22, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 10/05/22.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre o não recolhimento de ICMS em decorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela empresa autuada e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, no período de 01/01/16 a 31/12/19.

Foram incluídos como Coobrigados os sócios-administradores Antônio da Penha Pimenta e Christian Albernaz Pimenta, em função de suas responsabilidades pelos atos praticados na gestão da empresa, com base no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a 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 (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 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, com efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2016.

Tendo em perspectiva que todas as questões suscitadas pela Impugnante, ainda que em sede de preliminares, se confundem com o próprio mérito da autuação, assim serão analisadas.

De início, ressalte-se a legítima competência da Fiscalização para a apuração dos valores devidos, bem como a idoneidade dos procedimentos adotados, conforme previsão contida no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

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

(...)

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

(...)

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

Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>.

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

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

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

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

(...)

Art. 13-A. As administradoras de cartões, 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 Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

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

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

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

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

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

A Impugnante, *a priori*, argui que todas as saídas de mercadorias da empresa foram acobertadas de cupons fiscais, conforme arquivos XMLs anexos à Impugnação. Tais documentos foram analisados pela Fiscalização e culminaram no acatamento parcial da Impugnação, o qual levou à redução do valor do crédito tributário lançado.

A Impugnante sustenta, ainda, que durante o período 01/14 a 11/19 optou por compensações que foram glosadas posteriormente pela Receita Federal, motivo pelo qual as PGDAS encontravam-se “zeradas” durante o referido período e que, considerando a glosa dos créditos pela Receita Federal, aderiu ao parcelamento do débito do Simples Nacional referente ao período 01/14 a 11/19, conforme prova os documentos anexos ao PTA.

Nesse ponto, importante observar que o parcelamento realizado pela Autuada não ilide a presente autuação, uma vez que houve somente o pagamento da primeira parcela do total de 60 (sessenta) parcelas pactuadas, fato que acarretou o encerramento por rescisão do parcelamento, em 16/05/21, como demonstrado na consulta Pedidos de Parcelamento. Ademais, o parcelamento compreenderia o período de 01/14 a 12/17, de 01 a 04/19 e 11/19, ou seja, não abarca todo o período fiscalizado no Auto de Infração, compreendido de 01/16 a 12/19.

Não obstante a existência do pedido de parcelamento (o qual somente foi formalizado em 2020), em decorrência da realização de operações de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, às quais não se aplica a modalidade de pagamento do regime do Simples Nacional, nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, o ICMS devido nessas operações deverá ser recolhido à parte do Simples Nacional.

Diante disso, conforme salientado pela Fiscalização, fica claro que o parcelamento do Simples Nacional junto à Receita Federal, não quita o ICMS apurado no presente Auto de Infração.

Ademais, como bem apontado pela Fiscalização, o único débito de ICMS quitado por meio do referido parcelamento corresponde, exclusivamente, ao período de apuração de 01/14, sendo assim não contempla nenhum mês fiscalizado, conforme extrato do DAS.

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

Os sócios-administradores respondem pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Código Tributário Nacional

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

(...)

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

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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

O art. 135, incisos II e III do CTN tem o mesmo alcance do § 2º descrito anteriormente, e é aplicável a empresas que estejam ou não em atividade.

A melhor doutrina é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios-gerentes e diretores respondem pela obrigação tributária quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social, estatutos forem prévios ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária (que se dá pela realização do fato gerador).

Na lição dos Professores Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 10ª ed. 1995, pág. 113), Werther Botelho Spagnol (Curso de Direito Tributário, 1ª ed. 2004, pág. 208), Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e Tributário, 13ª ed. 2006, pág. 268) e José Alfredo Borges (Notas de Aula/UFMG, inéditas), dentre outros, a responsabilidade do art. 135 do CTN é solidária.

Cumprе salientar que a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva indireta, é forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJ/MG, por unanimidade, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

[...] O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Ademais não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária e, sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ para a responsabilização solidária dos sócios.

Destaca-se, ainda, o teor da Portaria SRE nº 148, de 16 de outubro de 2015, que estabelece as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como Coobrigado, sendo expresso quanto à inclusão nos casos de autuação embasada em saídas desacobertas de documentação fiscal.

PORTARIA SRE nº 148/15

Art. 1º Ficam estabelecidas no Anexo Único desta Portaria as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia.

ANEXO ÚNICO (a que se refere o art. 1º da Portaria SRE nº 148/2015)

Subitem	Código	Descrição	Observações
1. ICMS - OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA			
1.8. ENTRADA, SAÍDA E/OU ESTOQUE DESACOBERTADOS			
1.8.9	01.019.011	Cruzamento Eletrônico de Operações com Cartão de Crédito	4

Assim, correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária.

Correta, também, a exclusão da empresa contribuinte 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 (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 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, com efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2016.

Veja-se a legislação mencionada:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Complementar nº 123/06

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

Portanto, na forma da lei, a Autuada deve ser excluída do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, uma vez que promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Por fim, importante a adequação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei 6.763/75 ao limitador constante do §2º, inciso I, do referido artigo, uma vez que o montante em questão excede em muito o valor correspondente a duas vezes o valor do imposto devido na presente autuação, conforme dispõe o supracitado artigo:

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;

Denote-se que a expressão “*imposto incidente na operação ou prestação*”, nitidamente, refere-se ao tributo devido na operação e sobre o qual versa a autuação e não sobre toda e qualquer carga tributária advinda da operação realizada pelo contribuinte. Entender de forma diversa seria o mesmo que pretender imputar penalidade sobre base de cálculo que não compõe o ilícito tributário.

Assim como no recolhimento do DIFAL, a operação correspondente ao recolhimento de valores a título de substituição tributária não pode se confundir com a operação de saída de mercadoria, de forma que, apesar destas operações ocorrem em um dado momento, cada uma delas tem regras, fundamentos e estruturas jurídicas próprias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É imperioso destacar que a penalidade se apresenta como elemento consequente da norma. Se assim o é, não pode a penalidade ser consequência de incidência tributária que foi cumprida, ainda que por sujeito diverso. Nesse sentido, não pode a substituição tributária, adequadamente adimplida, ser utilizada como base de cálculo para a incidência de penalidades.

Nesse contexto, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 deve ser adequada ao limitador constante do §2º, inciso I, do referido artigo, uma vez que, como já dito, o montante em questão excede, em muito, o valor correspondente a duas vezes o valor do imposto exigido em decorrência da presente atuação.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização acostada ao grupo "Reformulação do Lançamento", Anexo "Termo de Reformulação", e ainda, para adequar a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Hélio Victor Mendes Guimarães (Revisor) e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 10 de maio de 2022.

Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich
Relator

Cindy Andrade Morais
Presidente

L/D