

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.403/23/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002403312-71
Impugnação: 40.010155618-36
Impugnante: Margeri Carla de Oliveira Fraga 09207489619
IE: 002697673.00-01
Coobrigada: Margeri Carla de Oliveira Fraga
CPF: 092.074.896-19
Proc. S. Passivo: Gustavo Ferreira Martins/Outro(s)
Origem: DF/Teófilo Otoni

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, inciso II 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 - 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 na Declaração Anual do Simples Nacional - DASN 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, adequada nos termos do § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, deve se excluir as exigências fiscais relativas ao período de janeiro a maio de 2020.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Lavrado termo de exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 2º e 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e §§ 3º e 6º da Resolução do CGSN nº 140/18. Contudo, deve-se considerá-la somente a partir de 01/07/20.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN e os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 31/01/20 a 30/06/21.

Após inconsistências detectadas pelo Fisco, entre as informações prestadas pela Contribuinte e as prestadas pelas administradoras relativas às vendas em cartões de crédito/débito, a empresa foi intimada a prestar esclarecimentos sobre as possíveis faltas de emissão das notas fiscais de saída, sendo assim emitido o AIAF.

Foram analisados os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito e os valores de saída declarados pela própria Autuada, no mesmo período (que foi de zero), ou seja, foi informado que não houve faturamento, sendo então, omissa, conforme consta no CD-R anexo às fls. 15 dos autos.

Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado art. 55.

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. 29, incisos V e XI e § § 1º, 2º e 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § § 3º e 6º da Resolução do CGSN nº 140, de 22/05/18.

A titular da Autuada foi incluída como Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c arts. 966 e 967 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) e art. 789 da Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil).

Inconformada, a Autuada apresenta, intempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 24/33, cujo prazo final para apresentação se dá aos 18/08/22 e sua postagem se deu aos 22/08/22.

A Impugnante argumenta, em síntese, que:

- o Auto de Infração é nulo, pois sua lavratura foi feita de forma genérica e a autoridade fiscal não demonstra a correlação entre a capitulação legal e o ato infrator, de modo que esse vício formal dificulta sua defesa e fere o princípio da ampla defesa e do contraditório;

- há ausência de documentos indispensáveis à ampla defesa e contraditório, que dizem respeito a apurações nas operações de cartões de crédito e débito, obtidas pelas administradoras dos mencionados cartões;

- não há indicação de dispositivo legal relacionado aos juros aplicados;

- no mérito, há ilegalidade na incidência da alíquota de 18% (dezoito por cento) durante todo o ano-calendário de 2020 e 2021, há diferença na planilha do termo de intimação e que o desenquadramento da empresa do Simples Nacional não merece prosperar, por se tratar de empresa que atua no ramo de *e-commerce* devendo a alíquota ser de 12% (doze por cento);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não há no Auto de Infração a descrição das penalidades aplicadas e que é impossível a cumulação de multas;

- é necessária a realização de perícia nos autos.

Tendo em vista a intempestividade da impugnação, a Administração Fazendária se manifesta às fls. 41 dos autos pela negativa de seu seguimento.

Intimada da negativa, a Autuada apresenta, tempestivamente, por meio de seu procurador regularmente constituído, Reclamação às fls. 44/57.

Em sessão realizada em 22/11/22, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 01/12/22. Pela Reclamante, assistiu ao julgamento o Dr. Hélio Soares de Paiva Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Em sessão realizada em 01/12/22, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir a Reclamação. Em seguida, ainda à unanimidade, em relevar a intempestividade da impugnação, por vislumbrar a possibilidade de assistir direito à parte quanto ao mérito da questão, conforme disposto no parágrafo único do art. 153-A do RPTA, devendo o PTA sem encaminhado à Fiscalização para manifestação fiscal. Pela Reclamante, sustentou oralmente o Dr. Hélio Soares de Paiva Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Diógenes Baleeiro Neto (fls. 76).

Encaminhado os autos para manifestação fiscal, o Fisco se manifesta às fls. 84/89 (frente e verso) afirmando, em resumo, o seguinte:

- a obrigação tributária da Autuada independe da capacidade civil e comercial, de modo que a Impugnante deve cumprir as obrigações principais de pagamento de tributos e penalidade pecuniárias, bem como as obrigações acessórias de fazer ou não fazer impostas a ele;

- através do procedimento previsto no art. 194, inciso V do RICMS/02, de posse das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, confrontou tais informações com os dados transmitidos pela Autuada à Fiscalização através da declaração anual do Simples Nacional, constatando, assim, a omissão de receita;

- o procedimento adotado quando da análise da documentação subsidiária e fiscal é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII do RICMS/02;

- foram consideradas as vendas por meio de cartão de crédito/débito, para efeito de tributação, no período em que elas efetivamente ocorreram, independentemente se de forma parcelada ou à vista, em observância à regulamentação dos arts. 10-A e 13-A da Parte I do Anexo VII do RICMS/02;

- apesar de a Impugnante estar enquadrada no Simples Nacional, a pretensão de a omissão de vendas ter o mesmo tratamento daquele regime não tem amparo legal, de modo que nas operações desacobertadas observa-se a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme a previsão do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- com relação à alíquota, não prospera a alegação de que deveria ser de 12% (doze por cento) e não de 18% (dezoito por cento), uma vez que a empresa não possui protocolo com o estado, conforme exigência prevista na legislação citada pela própria Impugnante;

- sobre as diferenças de valores entre o termo de intimação feito em fevereiro de 2022 e o atual Auto de Infração, os valores da intimação são valores estimados, por isso à Autuada foi dado o prazo para se justificar sobre a possível falta de emissão de notas fiscais, de modo que são levantados valores exatos para a cobrança quando é feita a autuação;

- quanto à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, o procedimento encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas reiteradas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, constatadas por meio de cruzamentos das informações das operadoras e das declarações do Simples Nacional, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º da Resolução do CGSN nº 94/11;

- a Multa de Revalidação prevista no art. 56, II da Lei nº 6.763/75 refere-se ao descumprimento de obrigação principal, enquanto a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da mesma lei foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória, sendo legítimas ambas as exigências.

Por fim, o Fisco conclui pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 09/03/23, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 16/03/23. Pela Impugnante, assistiu à deliberação o Dr. Hélio Soares de Paiva Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Adriano Antônio Gomes Dutra.

Em sessão realizada em 16/03/23, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 28/03/23. Pela Impugnante, assistiu à deliberação o Dr. Hélio Soares de Paiva Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração em razão de alegados vícios no lançamento.

Quanto à alegação de capitulação genérica das infrações, não assiste razão à Impugnante, visto que o Auto de Infração preenche os requisitos formais, contemplando as leis em que se embasam as infrações mencionadas, bem como suas penalidades, conforme verifica-se no seguinte trecho:

Relatório Fiscal

(...) Sendo assim, exige-se o ICMS devido e as multas previstas no artigo 55, inciso II da Lei 6.763 de 26/12/75 por descumprimento da obrigação acessória limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação pelo artigo 55, § 2º, inciso I da Lei 6.763/75 e a multa de revalidação no artigo 56, II da mesma Lei. Também foi emitido o Termo de Exclusão do Simples Nacional número 24091622/04686210/280622 (Anexo5) que tem seus fundamentos e efeitos previstos no art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 2º e 9º, inciso I, da Lei Complementar nº 123, de 2006, regulamentado pelo art. 84, inciso IV, alínea “d”, “j” e §§ 3º e 6º, inciso I, da resolução CGSN nº 140, de 2018. (...)

Além disso, ressalte-se, a base legal e as penalidades foram descritas nos autos.

No que tange à alegação de ausência de documentos indispensáveis à análise das supostas irregularidades, houve a análise de todas as mídias constantes nos autos e foi encontrado, conforme descrito no Auto de Infração, CD-R contendo anexos referentes às alegadas ausências. Também consta no CD anexo referente a relatório das operadoras de cartões de crédito/débito devidamente comprovado com números que o correspondem, portanto, não merece prosperar tal alegação.

Por fim, no que dispõe a Impugnante sobre a ausência de indicação do dispositivo legal relacionado aos juros aplicados, razão não lhe assiste, visto que consta no Auto de Infração o valor do crédito tributário discriminado e, no fim, os dizeres “(...) *A partir do mês subsequente (do não pagamento) os juros de mora serão recalculados até o efetivo pagamento ou parcelamento, nos termos da resolução n. 2880/97*” (fls. 02).

Dessa forma, rejeita-se a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 31/01/20 a 30/06/21.

Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado art. 55.

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. 29, incisos V e XI e § §

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1º, 2º e 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e §§ 3º e 6º da Resolução do CGSN nº 140, de 22/05/18.

Inicialmente, quanto à alegação de necessidade de perícia, deixa-se de analisar tal pedido, visto não estar acompanhado dos quesitos que o justifiquem, nos termos do art. 119, inciso III do RPTA, *in verbis*:

RPTA

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

(...)

III - dos quesitos, quando requerida a prova pericial, sob pena desta não ser apreciada quanto ao mérito;

(...)

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

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

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

(...)

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

(...)

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, as instituições e os intermediadores financeiros e de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade 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/ins-tituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>.

Efeitos de 31/12/2021 a 1º/08/2022 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 48.339, de 30/12/2021:

"Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade 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/ins-tituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>."

Efeitos de 14/11/2020 a 30/12/2021 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 48.082, de 13/11/2020:

"Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade 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 09/10/2018 a 13/11/2020 - Redação dada pelo art. 6º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. nº 47.507, de 08/10/2018:

“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, as instituições e os intermediadores financeiros e de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, os intermediadores de serviços e de negócios entregarão os arquivos eletrônicos de que tratam os arts. 10-A e 10-B desta parte, até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior, nos termos previstos em ato Cotepe/ICMS.

Efeitos de 31/12/2021 a 1º/08/2022 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 48.339, de 30/12/2021:

“Art. 13-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, e os intermediadores de serviços e de negócios entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A desta parte até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior."

Efeitos de 1º/10/2017 a 30/12/2021 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"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

<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentosservicos-e-negocios/>, 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;

Efeitos de 1º/10/2017 a 30/12/2021 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

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

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

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

§ 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

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:

a) pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores financeiros e de pagamento, inclusive credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e às prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto;

Efeitos de 14/11/2020 a 1º/08/2022 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 48.082, de 13/11/2020:

"a) pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e às prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto."

b) pelos intermediadores de serviços e de negócios, relativas às operações e às prestações que tenham intermediado e que envolvam estabelecimentos de contribuintes, pessoas jurídicas inscritas no CNPJ ou pessoas físicas inscritas no CPF, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, localizados neste Estado, seja na condição de remetentes, destinatários ou tomadores, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto.

Efeitos de 09/10/2018 a 13/11/2020 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. nº 47.507, de 08/10/2018:

"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 lei autêntica prevista em ato COTEPE/ICMS, e assinadas digitalmente, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Efeitos de 1º/01/2020 a 13/11/2020 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 47.793, de 18/12/2019:

"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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, conforme leiante previsto em ato COTEPE/ICMS, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.”

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com vendas informadas pela Contribuinte, estando o cálculo demonstrado na mídia em CD-R às fls. 15 dos autos.

Dito isso, corretas as exigências do imposto e das respectivas penalidades, como preceitua o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Quanto à diferença do valor apurado em fevereiro e em julho, essa alegação não cabe prosperar, pois os referidos valores divergentes constam no Termo de Intimação nº 106/22, feito em fevereiro de 2022. Tais valores, repita-se, são da intimação e tratam de indícios, de modo que, até por isso, é dado o efetivo prazo para que a própria Contribuinte se justifique na intimação sobre a possível falta de emissão de nota.

Por outro lado, os valores constantes no Auto de Infração são levantados de forma exata pelo Fisco para cobrança, de forma clara e específica, contando em planilhas anexas aos autos.

No que se refere ao pedido para o enquadramento da Autuada, em sede de alternativa, no regime especial de *e-commerce*, cuja normatização é mais benéfica e sobre o qual incide alíquota de 12% (doze por cento), tal pedido não merece prosperar, visto que seus efeitos passariam a ocorrer após o cadastramento no sistema da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Secretaria da Fazenda, conforme orientação da própria SEF/MG para que seja a Impugnante aceita no regime especial:

Após escolher o regime pretendido e concordar com os termos, o contribuinte em condição de emitir o atestado de regularidade fiscal receberá o Documento de Arrecadação Estadual (DAE) para pagamento da taxa de expediente. Caso não haja pendências, o benefício estará em vigor em cerca de uma hora. (<https://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticia/govern-o-disponibiliza-regime-especial-de-tributacao-para-o-e-commerce-01/04/21>)

No presente caso, a Autuada não se enquadraria nos termos de adesão, por constarem pendências junto ao Fisco.

Em relação à aplicação das multas, essas devem ser mantidas. Enquanto a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 refere-se ao descumprimento de obrigação tributária principal, qual seja, o não recolhimento do imposto devido, a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da mesma lei foi exigida em virtude da não emissão de documentos fiscais, o que configura descumprimento de obrigação acessória. Examine-se:

Lei nº 6.763/75

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;

(...)

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.

(...)

Ademais, não há que se falar sobre impossibilidade de cumulação de multas, visto que, como dito anteriormente, ambas decorrem de obrigações tributárias diferentes.

Nesse sentido, veja-se o que dispõe o art. 53, § 1º da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 1º As multas serão cumulativas, quando resultarem concomitantemente do não cumprimento de obrigação tributária acessória e principal.

(...)

No que se refere à sujeição passiva, a titular da Autuada foi incluída como Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c arts. 966 e 967 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) e art. 789 da Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil).

É importante ressaltar que, em relação 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.

Essa também é a posição adotada pela jurisprudência:

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

Portanto, não há distinção 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nessa linha, examine-se a capitulação legal:

CTN

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

(...)

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

Lei n° 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.

Lei n° 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 n° 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.

Portanto, correta a inclusão da titular da empresa individual no polo passivo da presente obrigação tributária.

Por fim, em relação aos períodos das irregularidades, a autuação merece reparos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme consta do Relatório Fiscal às fls. 07/08, a Autuada perde a condição de Microempreendedor Individual – MEI em abril de 2020, de forma obrigatória, por ter excedido o limite de receita bruta previsto no art. 18-A, § 1º da Lei nº 123/03.

Em maio do referido ano, conforme consta do PTA (mídia em CD – fls. 15), a Contribuinte excede tal limite em mais de 20% (vinte por cento), hipótese em que esse desenquadramento retroage a 01/01/20, conforme alínea “b” do inciso III do § 7º do referido art. 18-A da citada lei, a saber:

Lei nº 123/06

Art. 18-A (...)

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

(...)

§ 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 ocorrido 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);

(...)

Conforme legislação acima, ao exceder o limite de R\$ 81.000,00 de faturamento, o MEI deve, obrigatoriamente, comunicar a circunstância que levou a seu desenquadramento à Secretaria da Receita Federal do Brasil até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrido o excesso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto aos efeitos do desenquadramento, estes dependerão do quanto de excesso ao limite se verificou:

- se o faturamento ultrapassar o valor de R\$ 81.000,00, mas, dentro do mesmo ano-calendário, não ultrapassar em mais de 20% (vinte por cento), ou seja, R\$ 81.000,00 + 20% = R\$ 97.200,00 (noventa e sete mil e duzentos reais), o desenquadramento produzirá efeito a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da ocorrência do excesso;

- se o faturamento ultrapassar o valor de R\$ 81.000,00 e, no mesmo ano-calendário, ultrapassar em mais de 20% (vinte por cento), ou seja, for além dos R\$ 97.200,00 (noventa e sete mil e duzentos reais), o desenquadramento produzirá efeito retroativamente a 1º de janeiro do ano-calendário da ocorrência do excesso.

Conforme consta dos autos, em abril de 2020, o faturamento da Contribuinte ultrapassou o limite de R\$ 81.000,00.

Porém, foi no mês de maio de 2020 que o faturamento ultrapassou o limite em mais de 20% (R\$ 97.200,00).

Sendo assim, o somatório do faturamento da Autuada em abril de 2020 resulta no desenquadramento a iniciar-se no dia 1º de janeiro do ano-calendário seguinte, conforme § 7º, inciso III, alínea “a” do art. 18-A da LC nº 123/06.

Já o somatório do faturamento da Autuada em maio de 2020 resulta no desenquadramento a iniciar-se retroativamente a 1º de janeiro do ano-calendário da ocorrência do excesso, conforme § 7º, inciso III, alínea “b” do art. 18-A da mesma lei complementar.

Como a comunicação obrigatória não foi feita espontaneamente nos termos do § 7º, inciso III, do art. 18-A da LC nº 123/06, o desenquadramento da Autuada foi feito de ofício nos termos do § 8º do mesmo artigo:

Art. 18-A.

(...)

§ 8º O desenquadramento de ofício dar-se-á quando verificada a falta de comunicação de que trata o § 7º deste artigo.

Outro aspecto do sistema de tributação do Simples Nacional diz respeito à forma de apuração do ICMS devido para cada uma das circunstâncias acima descritas.

O § 9º do art. 18-A da LC nº 123/06 dispõe que o MEI desenquadrado da sistemática de recolhimento prevista no *caput* deste artigo passará a recolher os tributos devidos pela regra geral do Simples Nacional a partir da data de início dos efeitos do desenquadramento, *in verbis*:

Art. 18-A.

(...)

§ 9º O Empresário Individual desenquadrado da sistemática de recolhimento prevista no *caput* deste artigo **passará a recolher os tributos devidos pela regra geral do Simples**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nacional a partir da data de início dos efeitos do desenquadramento, ressalvado o disposto no § 10 deste artigo.

(...)

(Destacou-se)

Tendo cumprido requisito para o desenquadramento da condição de MEI, passando à de microempresa, a Autuada passou a estar submetida à obrigação de emitir documentos fiscais nas vendas a consumidor final, conforme prescreve o art. 26, inciso I da LC nº 123/06 c/c art. 57 da Resolução CGSN nº 94/11, atualizada pelo art. 59 da Resolução CGSN nº 140/18:

LC 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;

Resolução CGSN nº 94/11 (Redação dada pela Resolução CGSN nº 115, de 04 de setembro de 2014):

Art. 57. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional utilizará, conforme as operações e prestações que realizar, os documentos fiscais: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18-A, § 20; art. 26, inciso I e § 8º) (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 115, de 04 de setembro de 2014)

I - autorizados pelos entes federados onde possuir estabelecimento, inclusive os emitidos por meio eletrônico; (Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 115, de 04 de setembro de 2014)

II - diretamente por sistema nacional informatizado, com autorização eletrônica, sem custos para a ME ou EPP, quando houver sua disponibilização no Portal do Simples Nacional. (Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 115, de 04 de setembro de 2014)

Resolução CGSN nº 140/18:

Art. 59. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional utilizará, conforme as operações e prestações que realizar, os documentos fiscais: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18-A, § 20; art. 26, inciso I e § 8º)

I - autorizados pelos entes federados onde a empresa tiver estabelecimento, inclusive os emitidos por meio eletrônico;

II - emitidos diretamente por sistema nacional informatizado, com autorização eletrônica, sem custos para a ME ou EPP, quando houver sua disponibilização no Portal do Simples Nacional.

Porém, a Autuada não pode alegar desconhecimento da legislação e muito menos da evolução de sua própria receita bruta, e permanecer inerte, desfrutando dos benefícios da condição de MEI, apesar de já ter ultrapassado os limites mencionados.

Como não se desenquadrou, espontaneamente, da condição de MEI, a Autuada passou também, a não emitir documentos fiscais em suas operações de saída realizadas **a partir de 01 de junho de 2020** (tendo o mês de maio como referência, mês em que ultrapassa o limite de receita em mais de 20%) e não a partir de janeiro de 2020 como entendeu a Fiscalização.

É que, embora o desenquadramento da condição de MEI produza efeitos a partir de 01/01/20, não há como retroagir a obrigação acessória de emissão de notas fiscais a um período anterior àquele em que o Contribuinte passou a estar incumbido dessa obrigação.

Esta conduta da Autuada resulta no cometimento do delito tributário de dar saída a mercadorias desacobertas de documento fiscal, o que leva à apuração do ICMS, agora, não mais pelas regras gerais do Simples Nacional, mas, sim, com a observância da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas (regime de débito e crédito), nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da LC nº 123/06:

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

(...)

Caracterizada a saída de mercadoria desacoberta 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,

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

Portanto, pelo exposto, devem ser excluídas as exigências fiscais relativas ao período de janeiro a maio de 2020.

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - 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. 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

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

(...)

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 estaduais competentes para a administração tributária, segundo a localização do estabelecimento; e (Redação dada pela Resolução CGSN nº 156, de 29 de setembro de 2020)

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

(...)

Nesse 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 (fls. 17/18).

No caso, a Contribuinte foi intimada do “Termo de Exclusão” juntamente com o Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - 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 Nº 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.

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

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 OBEDIÊNCIA 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

(GRIFOU-SE)

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 da Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Entretanto, como a ocorrência de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal restou caracterizada a partir de junho de 2020, a reiteração dessa irregularidade se deu partir de 01/07/20, momento em que, portanto, a exclusão do Simples Nacional deve produzir seus efeitos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências fiscais relativas ao período de janeiro a maio de 2020. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerar os efeitos da exclusão a partir de 01/07/20. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Hélio Soares de Paiva Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Revisor) e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich.

Sala das Sessões, 28 de março de 2023.

**Juliana de Mesquita Penha
Relatora**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**

m/p