

Acórdão: 24.672/23/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002821709-85
Impugnação: 40.010156081-31 (Coob.)
Impugnante: Walter da Silva Lima (Coob.)
CPF: 793.304.876-53
Autuado: Supermercado Dona Alda Ltda
IE: 003380726.00-72
Origem: DF/Muriaé

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 do 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 no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (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 c/c § 2º, inciso I, do mesmo dispositivo, 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 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Lançamento procedente. Improcedente 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 Contribuinte à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, nos períodos de 01/04/19 a 30/04/19, 01/09/19 a 30/09/19, 01/03/20 a 31/03/20, 01/06/20 a 30/06/20, 01/09/20 a 31/12/20 e 01/01/21 a 31/12/21.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) capitulada no art. 55, inciso II, observado o limitador legal do § 2º, inciso I do dispositivo em questão, todos da Lei nº 6.763/75.

O sócio-administrador da empresa, Sr. Walter da Silva Lima, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária na condição de Coobrigado, nos termos do art. 135, inciso III do CTN e do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da 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. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às págs. 147/148, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às págs. 162/171.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Contribuinte à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, nos períodos de 01/04/19 a 30/04/19, 01/09/19 a 30/09/19, 01/03/20 a 31/03/20, 01/06/20 a 30/06/20, 01/09/20 a 31/12/20 e 01/01/21 a 31/12/21.

Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) capitulada no art. 55, inciso II, observado o limitador legal do § 2º, inciso I do dispositivo em questão, todos da Lei nº 6.763/75.

O sócio-administrador da empresa, Sr. Walter da Silva Lima, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária na condição de Coobrigado, nos termos do art. 135, inciso III do CTN e do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da 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. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Ao confrontar os valores mensais informados pela administradora dos cartões, relativos a operações/prestações realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito, com as vendas, por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte, a Fiscalização apurou saídas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

RICMS/02

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

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*:

RICMS/02 - Anexo VII - Parte 1

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

(...)

§ 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.

A Impugnante afirma que a diferença apurada é constituída de substituição tributária, que a empresa já paga na retenção das notas fiscais de compra das mercadorias, tais como bebidas e outros artigos, pela qual constitui 80% (oitenta por cento) de suas saídas.

É importante destacar que, com fundamento no PGDASD transmitido, foi feito o rateio entre as operações sujeitas ao regime ordinário do ICMS e as operações sujeitas ao regime da substituição tributária, como se depreende do Anexo “DEMONSTRATIVO DO AUTO DE INFRAÇÃO”, reproduzido na manifestação fiscal.

Verifica-se que as proporções verificadas são respeitadas na apuração do crédito tributário exigido, sendo que, para os meses em que não houve transmissão, utilizou-se a proporção apurada nas notas fiscais de entrada, conforme reprodução do relatório do Auto de Infração:

Auto de Infração

“Em razão de o contribuinte ter transmitido os PGDASD do período de junho a setembro de 2021 com os valores zerados, adotou-se como critério de rateio entre saída com tributação normal e saída com substituição tributária e/ou isentas a média dos meses em que houve a transmissão de valores significativos.”

Logo, verifica-se que todo o procedimento tributário respeitou a apuração das proporções, cobrando-se o ICMS apenas sobre os valores referentes às operações sujeitas ao regime ordinário.

Em relação ao informado sobre o ICMS constituir substituição tributária, e que isso implicaria em uma bitributação acarretando um custo para a empresa inviável nos faturamentos, o acima expendido é suficiente para afastar a alegação, visto que todos os valores exigidos estão devidamente fundamentados em rateio.

Sobre o alegado de que a empresa vem sofrendo uma grave crise que assola o País, sendo esse mais um motivo para efetivar o cancelamento dessa cobrança e das respectivas multas pretendidas, tem-se que é incabível a emissão de juízo de valor. Ao Conselho de Contribuintes cabe apenas julgar o cumprimento das obrigações principais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

e acessórias pelos contribuintes, e, em caso de descumprimento, confirmar a exigência dos valores não recolhidos e a aplicação das multas cabíveis.

O fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional). Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação. Veja-se:

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;

(...)

Salienta-se que a aplicabilidade do referido artigo não depende da formalização do processo de exclusão do Contribuinte no regime do Simples Nacional, por meio de Termo de Exclusão, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

Cumprir destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, mas pela apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Sobre o requerido cancelamento das multas, faz-se necessário reproduzir os seguintes artigos do Código Tributário Nacional (CTN), que tratam da aplicação de penalidade pecuniária, bem como os seguintes dispositivos da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

(...)

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

(...)

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, **propor a aplicação da penalidade cabível.**

Parágrafo único. **A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória**, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

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

(...)

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

(...)

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(...)

(Destacou-se)

Concluindo, vê-se, então, que não assiste razão à Defesa ao requerer o cancelamento da multa, visto ser a aplicação das penalidades sujeitas ao disposto em lei.

Continuando, reitera-se que houve apenas a aplicação da legislação vigente, sem maiores considerações acerca dos efeitos da aplicação da multa sob o patrimônio da Impugnante. Nesse sentido, veja-se a reprodução de excerto do Acórdão nº 22.035/16/3ª:

ACÓRDÃO Nº 22.035/16/3ª:

ALEGAM TAMBÉM OS IMPUGNANTES QUE A REFERIDA MULTA É DE CARÁTER FLAGRANTEMENTE CONFISCATÓRIO, NA MEDIDA EM QUE SE ESTARIA DIANTE DE SIMPLES MORA, SITUAÇÃO EM QUE DEVEM SER APLICADAS AS NORMAS GERAIS DE REMUNERAÇÃO DO CAPITAL POR MEIO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA FRISE-SE QUE E NÃO APLICAÇÃO DE MULTA DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) SOBRE O VALOR TOTAL DO IMPOSTO.

NO ENTANTO, NÃO SE VERIFICA AQUI A ARGUIÇÃO DE CONFISCO NA ATUAL COBRANÇA, PORQUANTO O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO FOI LAVRADO OBSERVANDO O ESTRITO CUMPRIMENTO DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS MINEIRAS ÀS QUAIS ENCONTRA-SE O CONSELHO DE CONTRIBUINTES ADSTRITO EM SEU JULGAMENTO A TEOR DO ART. 182 DA LEI N.º 6.763/75, QUE ASSIM DETERMINA:

ART. 182. NÃO SE INCLUEM NA COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JULGADOR:

I - A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE OU A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DE ATO NORMATIVO, INCLUSIVE EM RELAÇÃO À CONSULTA A QUE FOR ATRIBUÍDO ESTE EFEITO PELO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA, NOS TERMOS DO § 2º. DO ART. 146;

II - A APLICAÇÃO DA EQUIDADE.

A MULTA APLICADA ESTÁ DISCIPLINADA PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA VIGENTE, TANTO NA FORMA QUANTO NO CONTEÚDO E ENCONTRA-SE REGULARMENTE CAPITULADA NO AUTO DE INFRAÇÃO.

Veja-se, agora, a reprodução do seguinte trecho do Acórdão nº 23.216/22/2ª:

ACÓRDÃO Nº 23.216/22/2ª

COM EFEITO, A MULTA DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) PREVISTA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75 (MULTA DE REVALIDAÇÃO) REFERE-SE A DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, EXIGIDA EM RAZÃO DO RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS EFETUADO PELA AUTUADA. JÁ A MULTA CAPITULADA NO ART. 55 DA CITADA LEI (MULTA ISOLADA) FOI EXIGIDA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. EXAMINE-SE:

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 SEGUINTE:

(...)

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 SEGUINTE CASO:

(...)

§ 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 SEGUINTE OS VALORE DAS MULTAS:

(...)

II - HAVENDO AÇÃO FISCAL, A MULTA SERÁ DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DO VALOR DO IMPOSTO, OBSERVADAS AS HIPÓTESE DE REDUÇÕES PREVISTAS NOS §§ 9º E 10 DO ART. 53.

(...)

VÊ-SE, PORTANTO, QUE SE TRATA DE INFRAÇÕES DISTINTAS, UMA RELATIVA À OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E OUTRA DECORRENTE DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.

(...)

ASSIM, REITERANDO, A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO INTEGRAL DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL SUJEITA O CONTRIBUINTE À PENALIDADE MORATÓRIA, PREVISTA NO ART. 56 DA LEI Nº 6.763/75, E, EXISTINDO AÇÃO FISCAL, À PENALIDADE PREVISTA NO INCISO II DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL.

POR OUTRO LADO, AO DESCUMPRIR A NORMA TRIBUTÁRIA (DAR SAÍDA A MERCADORIA

DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL), OCORRE O INADIMPLEMENTO PELO CONTRIBUINTE DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA, SUJEITANDO-SE O INFRATOR À PENALIDADE PREVISTA NO ART.55 DA MENCIONADA LEI.

CORRETA, PORTANTO, A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES NA EXATA MEDIDA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DESTE ESTADO

REGISTRA-SE, POR OPORTUNO, QUE A MENCIONADA MULTA ISOLADA FOI ADEQUADA AO DISPOSTO NO § 2º DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75, SENDO LIMITADA A DUAS VEZES O VALOR DO IMPOSTO INCIDENTE NA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO.

(...)

Somado a isso, embora não tenha sido alvo de questionamento pela Impugnante, a aplicação da Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, não merece reparos, visto que foi aplicada diante da ocorrência do fato que a enseja, a saber, o descumprimento de obrigação tributária principal. Veja-se o teor do citado artigo:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

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

(...)

Corretas, portanto, as cobranças referentes ao ICMS, à multa isolada e à multa de revalidação, visto que foram exigidos na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Com relação à inclusão do sócio-administrador no polo passivo da obrigação tributária, há que se enfatizar que diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas respondem, pessoalmente, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, conforme o art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, a saber:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária. Induvidoso, ainda, que o Coobrigado tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa. Dessa forma, diante das irregularidades constatadas, correta a inclusão do sócio administrador no polo passivo da obrigação tributária.

Por fim, 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 desacobertas 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 o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e §§ 3º e 6º, inciso I 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;

(...)

Resolução CGSN n° 140/18

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

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1°)

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar n° 123, de 2006;

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUENTES 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 que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar. Deverão ser observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, conforme o art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18.

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.

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 24.419/23/1ª:

ACÓRDÃO Nº 24.419/23/1ª

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, DEVIDO À SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO E AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA PLANILHA "DETALHAMENTO DE VENDAS", NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO (PGDAS-D) E NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I, V 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, SENDO ESTA ÚLTIMA MULTA ADEQUADA AO DISPOSTO NO INCISO I DO § 2º DO CITADO ARTIGO.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. ESTANDO COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA É 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 94/11.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DECISÕES UNÂNIMES.

(...)

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:

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - VENDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL - PRÁTICA REITERADA - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - RECURSO DESPROVIDO. 1. A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, QUE INSTITUIU O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, PREVÊ A EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, QUANDO DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL DE VENDA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, DE FORMA REITERADA. 2. CONSTATADAS AS SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A EXCLUSÃO DA EMPRESA AGRAVANTE DO SIMPLES NACIONAL ENCONTRA-SE DEVIDAMENTE MOTIVADA. 3. SEM ELEMENTOS PARA AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, HÁ QUE SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR DE REINCLUSÃO DA IMPETRANTE NO PROGRAMA. 4. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001, RELATOR(A): DES.(A) RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR, 2ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 04/07/2023, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/07/2023)

Assim, correta a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Dimitri Ricas Pettersen e Flávia Sales Campos Vale.

Sala das Sessões, 12 de setembro de 2023.

Gislana da Silva Carlos
Relatora

Cindy Andrade Morais
Presidente / Revisora

m/p