

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.874/24/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003765346-54
Impugnação: 40.010158260-15 (Coob.)
Impugnante: O Rei dos Pratos Ltda (Coob.)
IE: 004479193.00-10
Autuada: O Rei do Macarrão - Centro Ltda
IE: 003955104.00-23
Coobrigado: André Luis de Lisboa Lopes
CPF: 098.338.076-74
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

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, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75. Em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária, exigência somente da citada multa isolada, observado o referido limitador.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde 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.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EMPRESA SUCESSORA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos que a empresa Coobrigada é sucessora da empresa Autuada. Correta, portanto, a sua eleição para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 133 do CTN.

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. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140/18.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal constatada mediante o confronto entre as saídas declaradas pela Contribuinte ao Fisco e os valores de recebimentos informados por administradoras de cartões de crédito e/ou débito, no período de 01/05/21 a 31/10/23.

Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, respeitados os critérios do § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Em relação às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal sujeitas à Substituição Tributária (ST), exigência somente da citada multa isolada observado o referido limite.

Como consequência, houve seu desenquadramento de ofício do SIMEI, bem como sua exclusão do Simples Nacional, a partir de 1º de junho de 2021, nos termos do art. 29, inciso V e XI e § 1º, § 3º e § 9º, incisos I e II, da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83, inciso II e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18.

O Termo de Desenquadramento do SIMEI e exclusão da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional, com efeitos a partir de junho de 2021, encontra-se anexado às págs. 84/85.

Ademais, a inscrição estadual da Contribuinte foi cancelada em razão de seu desaparecimento, constatado por inatividade no local cadastrado, de acordo com o art. 58, § 2º e art. 108, inciso II, alínea “b” do RICMS/02, art. 9º, § 2º e art. 70, inciso I, alínea “b” do RICMS/23.

O sócio-administrador André Luis de Lisboa Lopes foi incluído no polo passivo, como Coobrigado, de acordo com o art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, por ter realizado saídas desacobertas, que configuram infração à legislação tributária.

A empresa O Rei dos Pratos Ltda também foi incluída no polo passivo, como Coobrigada, em consequência de se tratar de sucessão empresarial informal, conforme o art. 133, inciso I do CTN e Recurso Especial 1.837.435 do STJ.

Da Impugnação

Inconformada, a Coobrigada apresenta Impugnação às págs. 98/104, na qual sustenta:

- que não houve sucessão empresarial, pela ausência de aquisição do estabelecimento ou do fundo de comércio, de transferência formal de ativos e passivos, de estruturação societária autônoma, de continuidade dos contratos de trabalho e de dissolução irregular da Autuada, sendo inaplicável o art. 133 do CTN; e

- que não houve esgotamento das tentativas de cobrança junto à devedora original e seus sócios, e tampouco notificação formal adequada, impossibilitando a sua responsabilização.

A Impugnante requer a sua exclusão do polo passivo, como Coobrigada, e a anulação do Auto de Infração, ante a improcedência dos fatos que fundamentaram a sua inclusão.

Da Manifestação Fiscal

Na sequência, a Fiscalização manifesta-se às págs. 147/156, sustentando:

- que a Impugnante foi devidamente intimada e notificada de sua inclusão no polo passivo do Auto de Infração, tendo sido exercido o contraditório e a ampla defesa;

- que a responsabilidade da Impugnante é integral, já que o contribuinte sucedido deixou de explorar atividades comerciais a partir de novembro de 2023, e não subsidiária;

- que a Autuada e o sócio-administrador também foram intimados do Auto de Infração, por via postal com aviso de recebimento;

- quanto ao mérito, aponta que diversos fatos corroboram a tese da sucessão empresarial, tais como: a sucessora O Rei dos Pratos Ltda utiliza na fachada e no interior de seu estabelecimento o nome e o logotipo do sucedido O Rei do Macarrão - Centro Ltda; no cartão CNPJ da sucessora há utilização dos dados do sucedido, como o e-mail; no aplicativo iFood, são usados tanto o perfil “O Rei dos Pratos” quanto “O Rei do Macarrão”, com mesmo endereço e mesma atividade econômica, para não perder clientela; uma das funcionárias assinou o aviso de recebimento de ambas as empresas;

- que o STJ possui entendimento no sentido de que é possível a configuração da sucessão empresarial “de fato”, sem um ato formal de transferência do patrimônio para uma nova empresa, sendo admissível a sua presunção – o que restou configurado no caso;

- que a Autuada, O Rei do Macarrão - Centro Ltda, deixou de praticar atividade empresarial no local cadastrado sem a devida comunicação ao Fisco, caracterizando-se o seu desaparecimento e a dissolução irregular da empresa.

Assim, pede a Fiscalização que seja julgado procedente o lançamento do crédito tributário e a inclusão da Coobrigada no polo passivo.

DECISÃO

Da Preliminar

Na Impugnação, alega-se falta de notificação adequada ao presente caso. A Impugnante relata que, de acordo com os princípios da ampla defesa e do contraditório, assegurados pelo art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, todo contribuinte tem o direito de ser devidamente notificado e ter a oportunidade de apresentar sua defesa antes que qualquer responsabilidade solidária.

A princípio, assiste razão à Impugnante no que tange ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal nada diz a respeito da responsabilidade solidária, o que gera extrapolação do texto Constitucional.

Não bastasse isso, conforme o art. 144, inciso III, c/c art. 144-A do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, a Impugnante foi devidamente intimada e notificada de sua inclusão no polo passivo do Auto de Infração.

Esse fato deu oportunidade de contraditório e ampla defesa, alegada inexistente pela Impugnante. Além disso, ela se aproveitou de tais institutos por meio da impugnação, apresentada no dia 04/10/24, como demonstra o documento de ciência anexado ao processo.

Seguem os dispositivos regulamentares citados:

RPTA

Art. 144. As intimações do interessado dos atos do PTA serão realizadas por um dos seguintes meios, nos termos do regulamento:

(...)

III - pelo Domicílio Tributário Eletrônico, previsto no artigo 144-A;

(...)

Art. 144-A. Fica instituído o Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e -, para comunicação eletrônica entre a Secretaria de Estado de Fazenda, contribuinte e interessados, na forma e nas condições previstas em regulamento.

§ 1º Entende-se por DT-e o portal de serviços e comunicações eletrônicas da Secretaria de Estado de Fazenda, disponível na internet, que tem por finalidade:

I - cientificar o contribuinte ou interessado sobre quaisquer atos administrativos, procedimentos e ações fiscais;

II - encaminhar notificações e intimações;

III - expedir avisos em geral.

(...)

Ainda, a Impugnante alega que não foram esgotadas todas as tentativas de cobrança junto à devedora original, Autuada, O Rei do Macarrão - Centro Ltda, e seus respectivos sócios, e que, somente após notificação formal e a comprovação de que a devedora não possui bens ou capacidade financeira para honrar suas obrigações, é que terceiros poderiam ser analisados e eventualmente notificados no processo, em respeito ao princípio da subsidiariedade.

Em relação a essa alegação, a responsabilidade tributária da Coobrigada, O Rei dos Pratos Ltda, advém do art. 133, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTN

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

(...)

Essa linha é adotada porque a Contribuinte O Rei do Macarrão - Centro Ltda, sujeito passivo principal, deixou de praticar atividade empresarial a partir de novembro de 2023, comprovado pelos seguintes fatos:

1 - Ausência de faturamento da empresa a partir de novembro de 2023 constatada por meio das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito, débito e similares extraídas do registro 1115 da Declaração de Informações de Meios de Pagamentos – DIMP, transmitidas obrigatoriamente conforme previsão legal no art. 50, § 5º, da Lei 6.763/75;

2 - Ausência de emissão de notas fiscais eletrônicas a partir do período supracitado, fato exposto no relatório fiscal complementar;

3 - O fato de o sócio André Luis de Lisboa Lopes não estar vinculado a nenhuma outra empresa para continuidade de atividade empresarial, constatado por meio de pesquisa ao banco de dados da Receita Estadual de Minas Gerais, pelo sistema SICAF, como demonstra a pág. 11 do relatório fiscal complementar;

4 - Termo de constatação, decorrente de diligência realizada *in loco*, em que uma funcionária relata que a Contribuinte O REI DO MACARRÃO não desenvolve mais atividade empresarial.

Logo, diante de tais fatos e de acordo com o art. 133, inciso I do CTN, é possível verificar que a responsabilidade da Contribuinte O Rei dos Pratos Ltda é **integral**, visto que o Contribuinte sucedido deixou de explorar o comércio, e **não subsidiária**, como alega a Impugnante.

Em decorrência disso, não houve preterição na ordem de cobrança do crédito tributário.

Ademais, ressaltasse que a Autuada, O Rei do Macarrão - Centro Ltda, também foi regularmente intimada do Auto de Início de Ação Fiscal, nº 10.000049971.39, por via postal com aviso de recebimento na data em que recebido e assinado o documento pela mesma funcionária, em 10/06/24, de acordo com o art. 12, inciso II, alínea "a" do RPTA:

RPTA

Art. 12. As intimações dos atos do PTA serão consideradas efetivadas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

II - em se tratando de intimação por via postal com aviso de recebimento:

a) na data do recebimento do documento, por qualquer pessoa, no domicílio fiscal do interessado, ou no escritório de seu representante legal ou mandatário com poderes especiais, ou no escritório de contabilidade autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais;

(...)

Além disso, a Contribuinte O Rei do Macarrão - Centro Ltda também foi regularmente intimada do Auto de Infração, em 09/09/24, por via postal com aviso de recebimento assinado pela mesma funcionária, conforme o decreto citado acima e o aviso de recebimento anexado ao e-PTA.

Por fim, o sócio-administrador André Luis de Lisboa Lopes, Coobrigado, foi, da mesma forma, devidamente intimado do Auto de Infração, em 06/09/24, por via postal com aviso de recebimento assinado por ele mesmo, conforme o decreto supracitado e o aviso de recebimento anexado ao e-PTA.

Logo, o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. A infringência cometida e a penalidade aplicada encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

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

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal constatada mediante o confronto entre as saídas declaradas pela Contribuinte ao Fisco e os valores de recebimentos informados por administradoras de cartões de crédito e/ou débito, no período de 01/05/21 a 31/10/23.

Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, respeitados os critérios do § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Em relação às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal sujeitas à Substituição Tributária (ST), exigência somente da citada multa isolada observado o referido limite.

Como consequência, houve seu desenquadramento de ofício do SIMEI, bem como sua exclusão do Simples Nacional, a partir de 1º de junho de 2021, nos termos do art. 29, inciso V e XI e § 1º, § 3º e § 9º, incisos I e II, da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83, inciso II e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Termo de Desenquadramento do SIMEI e exclusão da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional, com efeitos a partir de junho de 2021, encontra-se anexado às págs. 84/85.

Ademais, a inscrição estadual da Contribuinte foi cancelada em razão de seu desaparecimento, constatado por inatividade no local cadastrado, de acordo com o art. 58, § 2º e art. 108, inciso II, alínea "b" do RICMS/02, art. 9º, § 2º e art. 70, inciso I, alínea "b" do RICMS/23.

O sócio-administrador André Luis de Lisboa Lopes foi incluído no polo passivo, como Coobrigado, de acordo com o art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, por ter realizado saídas desacobertadas, que configuram infração à legislação tributária.

A empresa O Rei dos Pratos Ltda também foi incluída no polo passivo, como Coobrigada, em consequência de se tratar de sucessão empresarial informal, conforme o art. 133, inciso I do CTN e Recurso Especial 1.837.435 do STJ.

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 e art. 159, incisos I e VII do RICMS/23, 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;

(...)

RICMS/23

Art. 159 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, a autoridade fiscal 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 e arts. 17 e 21 da Parte 2 do Anexo V do RICMS/23), *in verbis*:

RICMS/02 - Anexo VII - Parte 1

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 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/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>.

(...)

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.

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

(...)

RICMS/23 - Anexo V - Parte 2

Art. 17 - As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e 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 por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional da 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 SEF, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>.

Parágrafo único - Os arquivos eletrônicos previstos no caput serão dispensados quando se referirem às operações e às prestações realizadas pelos estabelecimentos das próprias administradoras dos cartões ou por estabelecimentos de empresas coligadas, desde que tais estabelecimentos mantenham e promovam a entrega do arquivo eletrônico previsto no art. 8º desta parte. art.17.

(...)

Art. 21 - 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 o arquivo eletrônico previsto no art. 20 desta parte até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas previstas no caput:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela 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 previstas no 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.

(...)

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 e art. 93, incisos II e III, do RICMS/23.

Repita-se, por oportuno, que as saídas de mercadorias não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das informações apresentadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito com as vendas informadas pela Contribuinte, estando o cálculo demonstrado na Planilha Excel do Anexo 1 do e-PTA de págs. 30.

Há que destacar as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso VI do RICMS/02 e art. 12, inciso IX do RICMS/23:

RICMS/02

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

VI - no fornecimento de alimentação, bebida ou outra mercadoria por bar, restaurante ou por qualquer estabelecimento que explore tal atividade, o valor total da operação, compreendendo o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço, observado o disposto no item 21 da Parte 1 do Anexo IV;

(...)

(Grifou-se)

RICMS/23

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 12 - Salvo disposição diversa prevista neste regulamento, a base de cálculo do ICMS é:

(...)

IX - no fornecimento de alimentação, bebida ou outra mercadoria em bar, restaurante ou estabelecimento similar, a que se refere a alínea "a" do inciso VI do art. 3º deste regulamento, o valor total da operação, compreendendo o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço

(...)

Esclarece a Fiscalização, que o estabelecimento autuado está cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda de MG – SEF/MG sob o CNAE-F nº 5620-1/04, qual seja fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para consumo domiciliar, segmento que possui redução de base cálculo de 53,33 % (cinquenta e três inteiros e trinta e três centésimos por cento) conforme item 21, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02 (vigência a partir de 27/12/19) e item 23, Parte 1, Anexo II do RICMS/23.

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável às atividades da Autuada, conforme aplicado corretamente pela Fiscalização.

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria desacompanhada 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 e art. 115, inciso I do RICMS/23, *in verbis*:

RICMS/02

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

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

(...)

RICMS/23

Art. 115 - Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - com documento fiscal que mencione como valor da operação importância inferior à real, com relação à diferença;

III - com documento fiscal que mencione destaque de valor do imposto inferior ao devido, com relação à diferença;

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido.

Parágrafo único - O disposto no caput aplica-se também, no que couber, à prestação onerosa de serviço de comunicação e à prestação de serviço de transporte.

(...)

A Impugnante sustenta que não houve sucessão empresarial, pela ausência de aquisição do estabelecimento ou do fundo de comércio, de transferência formal de ativos e passivos, de estruturação societária autônoma, de continuidade dos contratos de trabalho e de dissolução irregular da empresa O Rei do Macarrão - Centro Ltda, sendo inaplicável o art. 133 do CTN.

Todavia, não assiste razão à Impugnante.

A empresa “O Rei dos Pratos Ltda” foi incluída como Coobrigada pelo pagamento do crédito tributário em questão, devido ao fato de ser integralmente responsável pelos tributos devidos por O Rei do Macarrão - Centro Ltda, por se enquadrar na hipótese de sucessão empresarial, de acordo com o art. 133, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN):

CTN

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

(...)

A Contribuinte sucessora, O Rei dos Pratos Ltda, utiliza na fachada de seu estabelecimento, o nome e o logotipo da sucedida, O Rei do Macarrão - Centro Ltda.

Além disso, no interior do estabelecimento existe um painel impresso, a título de divulgação e marketing, informando, visualmente e de maneira clara, que a sucessora utiliza, novamente, a logotipo do REI DO MACARRÃO.

Em documento anexado pela Impugnante “CNPJ”, é possível identificar que a sucessora, O REI DOS PRATOS, utiliza o e-mail com o nome da sucedida. Nesse sentido, a contribuinte sucessora, novamente, utiliza dados da sucedida, o que indica

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

um meio facilitador, seja para contatar fornecedores, seja para centralizar informações em um e-mail.

Ademais, em pesquisa feita no aplicativo que intermedeia a compra e venda de refeições e similares online “IFOOD”, foi possível constatar que a contribuinte sucessora é responsável por dois perfis cadastrados na plataforma.

Nessa linha, tanto o primeiro perfil, “O Rei dos Pratos”, quanto o segundo, “O Rei do Macarrão”, estão cadastrados no mesmo endereço comercial, exploram a mesma atividade econômica, com o mesmo objeto social e sob o mesmo CNPJ.

Diante disso, fica explícito que a Coobrigada, O Rei dos Pratos Ltda, utiliza o nome da Autuada, O REI DO MACARRÃO, como identidade visual para gerar identificação com os clientes que já estavam habituados a comprar dessa empresa e consequentemente os manter.

Além disso, a funcionária da sucessora, O Rei dos Pratos – Ltda, em oportunidades distintas, praticou atos em nome de ambas as empresas.

De fato, o primeiro ato foi sua assinatura no aviso de recebimento do Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000049971.39, em 10/06/24. Já o segundo ato, foi sua assinatura no aviso de recebimento do Auto de Infração, em 09/09/24, ambos destinados à Contribuinte O Rei do Macarrão - Centro Ltda.

Em outra oportunidade, praticou ato em nome da empresa O Rei dos Pratos Ltda, quando da assinatura do termo de constatação.

Disso é possível extrair a relação de sucessão entre os dois contribuintes, uma vez que a funcionária, como preposto, não deveria assinar pela empresa da qual não faz ou fez parte.

Em continuação, o fato de os dois contribuintes exercerem atividade empresarial em coexistência no mesmo endereço, ainda que por um breve período, não impede a caracterização da sucessão empresarial, pois são institutos distintos e independentes.

No presente caso, a Contribuinte sucedida, O Rei do Macarrão - Centro Ltda, encerrou suas atividades, e a sucessora, O Rei dos Pratos Ltda, deu continuidade as atividades ora exercidas por ambos.

Ademais, não é relevante, para que ocorra a sucessão empresarial, o fato de uma empresa estar constituída há muitos anos ou se ela foi constituída apenas para dar continuidade a outra empresa, uma vez que qualquer delas pode assumir o lugar de sucessora.

Ponto importante a ser destacado é que a dissolução irregular não é requisito indispensável para imputação de responsabilidade ao sócio-administrador, é apenas um dos possíveis casos dentre outros existentes na legislação.

A dissolução irregular independe do cumprimento das obrigações contábeis, uma vez que é caracterizada pelo contribuinte deixar de funcionar em seu domicílio fiscal sem comunicar aos órgãos competentes. Ainda, o CNPJ ativo não faz prova que a

empresa continua ativa de fato e nem tem o condão de descaracterizar a dissolução irregular, a qual é presumida quando da ocorrência da situação descrita acima.

Diante do exposto e do entendimento do Recurso Especial nº 1.837.435 do STJ, que vai no sentido de que a sucessão empresarial não está vinculada a ato formal de transferência de bens, direitos e obrigações para uma nova empresa, admitindo sua presunção que se concretiza “quando os elementos indiquem que houve o prosseguimento na exploração da mesma atividade econômica, no mesmo endereço e com o mesmo objeto social”, resta configurado o instituto da sucessão empresarial “de fato”. Confira-se:

(...)

EMENTA PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 941, § 3º, DO CPC. RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO VENCIDO. SUCESSÃO EMPRESARIAL IRREGULAR. ELEMENTOS CONTUNDENTES CONSTANTES DAS DECISÕES DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. AFASTAMENTO DA SÚMULA 7 DO STJ. REVALORAÇÃO DOS FATOS.

1. À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 941, § 3º, DO CPC, AS DESCRIÇÕES DE FATO EXPOSTAS NO VOTO VENCEDOR OU VENCIDO PODEM SER TOMADAS EM CONTA PARA O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL, SENDO CERTO QUE O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DO VOTO-VENCIDO PREQUESTIONA A MATÉRIA E VIABILIZA SUA ANÁLISE NAS INSTÂNCIAS ESPECIAIS. PRECEDENTES.

2. A CARACTERIZAÇÃO DA SUCESSÃO EMPRESARIAL NÃO EXIGE A COMPROVAÇÃO FORMAL DA TRANSFERÊNCIA DE BENS, DIREITOS E OBRIGAÇÕES À NOVA SOCIEDADE, ADMITINDO-SE SUA PRESUNÇÃO QUANDO OS ELEMENTOS INDIQUEM QUE HOUE O PROSSEGUIMENTO NA EXPLORAÇÃO DA MESMA ATIVIDADE ECONÔMICA, NO MESMO ENDEREÇO E COM O MESMO OBJETO SOCIAL. PRECEDENTES.

3. NA INSTÂNCIA PRIMEVA, FOI ASSEVERADA A OCORRÊNCIA DA SUCESSÃO EMPRESARIAL "DE FATO" SEM INTERRUPTÃO, ANTE A COMPROVAÇÃO DA CONTINUIDADE, PELA ADQUIRENTE, DA MESMA ATIVIDADE EMPRESARIAL EXERCIDA PELA SOCIEDADE ALIENANTE, NO MESMO ENDEREÇO E UTILIZANDO-SE DA MESMA MÃO DE OBRA E DE TODAS AS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS A ESTA PERTENCENTES, EM DECORRÊNCIA DE UM NADA CRÍVEL INSTRUMENTO

PARTICULAR DE COMODATO, REGISTRANDO, AINDA, O ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA SUCEDIDA E A INCORPORAÇÃO DE SUA CLIENTELA PELA SUCESSORA.

4. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

(...)

Portanto, os atos da Coobrigada, O Rei dos Pratos Ltda, configuram, ainda que informalmente, sucessão empresarial “de fato” comprovado pelo funcionamento no mesmo local, sob a mesma atividade econômica, utilizando-se dos mesmos aparatos destinados à produção da alimentação comercializada sob a mesma Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE) “5620-1/04 - Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para consumo domiciliar”.

Adicionalmente, não devem prosperar os argumentos da Impugnante acerca da ausência de encerramento irregular da Autuada, O Rei do Macarrão - Centro Ltda.

Em diligência realizada em 06/06/24, constatou-se que, no local onde a Autuada executava suas atividades, havia o funcionamento de outra empresa, O Rei dos Pratos Ltda, IE 004.479.193.0010, o que configura coexistência de mais de uma empresa sob mesma atividade econômica atuando no mesmo local.

Em razão disso, foi realizado o cancelamento da inscrição estadual de O Rei do Macarrão - Centro Ltda.

Porém, em análise mais aprofundada, complementada por nova diligência realizada em 21/08/24, a Fiscalização notou que, antes mesmo da realização das duas diligências citadas, a Contribuinte O REI DO MACARRÃO já havia deixado de praticar atividade empresarial e não havia comunicado esse fato ao Fisco.

A partir disso, foi possível constatar a sucessão empresarial entre contribuintes, demonstrada pelo prosseguimento na exploração da mesma atividade econômica, no mesmo endereço e com o mesmo objeto social.

Portanto, foi modificado o motivo cancelamento da inscrição estadual, de coexistência, para desaparecimento do contribuinte.

Dessa forma, o fato de a Contribuinte deixar de praticar atividade empresarial no local cadastrado sem a devida comunicação ao Fisco enquadra-se como desaparecimento do contribuinte, o que, por si só, configura dissolução irregular da empresa, de acordo com a Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ainda, tal entendimento fez-se pertinente com base no art. 58, § 2º e art. 108, inciso II, alínea “b”, do RICMS/02; art. 9º § 2º e art. 70, inciso I, alínea “b” do RICMS/23.

RICMS/02

Art. 58. Considera-se estabelecimento o local, privado ou público, com ou sem edificação, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades, em caráter temporário ou permanente, e:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º O domicílio indicado pelo sujeito passivo poderá ser recusado quando impossibilitar ou dificultar a arrecadação ou a fiscalização do imposto.

(...)

Art. 108. A inscrição do contribuinte no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado poderá ser suspensão ou cancelada:

(...)

II - de ofício, por ato do Chefe da Administração Fazendária (AF) que concedeu a inscrição, quando:

b) ficar constatado o desaparecimento do contribuinte;

(...)

RICMS/23

Art. 9º - Para fins do disposto no art. 8º deste regulamento, considera-se estabelecimento o local, privado ou público, com ou sem edificação, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades, em caráter temporário ou permanente, e:

(...)

§ 2º - O domicílio indicado pelo sujeito passivo poderá ser recusado quando impossibilitar ou dificultar a arrecadação ou a fiscalização do imposto.

(...)

Art. 70 - A inscrição do contribuinte no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado poderá ser suspensão ou cancelada:

I - de ofício, por ato do Chefe da Administração Fazendária que concedeu a inscrição, quando:

(...)

b) ficar constatado o desaparecimento do contribuinte;

(...)

SÚMULA 435 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

PRESUME-SE DISSOLVIDA IRREGULARMENTE A EMPRESA QUE DEIXAR DE FUNCIONAR NO SEU DOMICÍLIO FISCAL, SEM COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES, LEGITIMANDO O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA O SÓCIO-GERENTE. (SÚMULA 435, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 14/04/2010, DJE 13/05/2010).

Desse modo, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Além disso, ainda que não tenham sido objeto de impugnação, outros aspectos do lançamento devem ser mencionados.

Nas competências supracitadas, restou configurada a prática de infração reiterada à legislação tributária, qual seja, a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Destaca-se que o fato de a empresa estar enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre, conforme o disposto no art. 26, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

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;

(...)

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, nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

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;

(...)

Salienta-se, ainda, 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 sido caracterizada a prática reiterada de infrações à legislação tributária, como é o caso de saídas desacobertas de documento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por essas razões, também são adequadas as Multas: Isolada (de 40% do valor da operação), prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, por dar saída à mercadoria desacobertada de documento fiscal; e de Revalidação (de 50% do valor do imposto), prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, pela ação fiscal. Do mesmo modo, está correta a aplicação do limitador da Multa Isolada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação, nos termos do art. 55, § 2º da Lei nº 6.763/75.

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

(...)

§ 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.

(...)

Além disso, é pertinente a inclusão do sócio-administrador da empresa, Sr. André Luis de Lisboa Lopes, como Coobrigado no polo passivo da autuação, em razão da prática de atos com infração à lei (dar saída em mercadorias desacobertadas de documento fiscal), nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

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

(...)

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

Art. 21. (...)

§ 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.

(...)

Em relação ao desenquadramento de ofício do SIMEL, justifica-se por ter extrapolado em mais de 20% o limite estabelecido pela legislação, no ano-calendário de 2021, tendo os efeitos do desenquadramento retroagido ao dia 1º de janeiro de 2021, nos termos do art. 18-A, § 7º, inciso IV da Lei Complementar nº 123/06. O contribuinte que perde a condição de MEI está obrigado, ainda, à emissão de documentação fiscal, a partir do mês subsequente ao da ocorrência do excesso, nos termos do art. 116, parágrafo único, inciso II da Resolução CGSN nº 140/18 – no caso, a partir de 01/05/21.

Por sua vez, a exclusão do regime do Simples Nacional também é cabível, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos do art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 9º, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18:

Lei Complementar nº 123/06

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 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

(...)

§ 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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No presente caso, a exclusão de ofício do Simples Nacional deve produzir efeitos a partir de 1º de junho de 2021, quando restou configurada a prática reiterada de infrações à legislação supramencionada.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos e Leonardo Augusto Rodrigues Borges.

Sala das Sessões, 28 de novembro de 2024.

Pedro Henrique Alves Mineiro
Relator

Alexandre Périssé de Abreu
Presidente / Revisor

CSP