

Acórdão: 24.829/24/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003167801-36
Impugnação: 40.010156737-07, 40.010156738-80 (Coob.)
Impugnante: Bar Aqui Tudo é Bom Ltda
IE: 003595728.00-46
Vicente de Paulo Cesar (Coob.)
CPF: 862.777.906-68
Proc. S. Passivo: EUCLIDES VICENTE CARVALHAIS BARROSO/Outro(s)
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

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.

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

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas d e j, §§ 3º, da Resolução CGSN nº 140/2018.

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, no período de fevereiro de 2020 a dezembro de 2021.

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

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.

O sócio-administrador da autuada foi incluído no pólo passivo do lançamento, na condição de Coobrigado, em razão de sua responsabilidade por restar caracterizada infração à lei nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, inciso II, da Lei Estadual nº 6.763/75.

Inconformados, Autuada e Coobrigado apresentam, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 94/101 e 140/147, onde alegam que:

- a “conclusão fiscal” realizada pela Fiscalização não levou em consideração a compatibilidade das vendas com os documentos fiscais de entrada de mercadorias;
- no confronto entre os valores declarados como venda de mercadorias e os valores informados pelas operadoras de cartão, a Fiscalização não considerou as vendas da Impugnante com substituição tributária informadas no PGDAS-D;
- a Fiscalização tributou o valor da receita omitida com uma alíquota de 18%, sem considerar que parte desta receita estava sujeita ao regime de substituição tributária, cujo imposto já fora recolhido na etapa de comercialização anterior;
- a Fiscalização não levou em consideração que a empresa tem como objeto social o comércio de bar e restaurante onde parte das mercadorias que compõem o seu faturamento são sujeitas à substituição tributária e, portanto, com pagamento do ICMS antecipado para o momento das aquisições das mesmas, conforme valores das vendas declaradas no PGDAS-D;
- em todos os períodos fiscalizados ocorreram revenda de mercadorias com substituição tributária, sendo que a Impugnante foi substituído tributário, portanto, não é responsável pelo pagamento do imposto;
- o Fisco estaria cobrando em duplicidade o valor do imposto. Demonstra apuração do imposto devido levando-se em consideração o percentual das vendas com substituição tributária declarados no PGDAS-D;
- o Auto de Infração deve ser modificado para considerar na cobrança do imposto as vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o setor administrativo da empresa incorreu em erro crasso que manteve a Impugnante emitindo documento fiscal através do Emissor de Documento Fiscal – ECF sem valor fiscal, por desconhecimento das mudanças ocorridas na legislação fiscal;

- pela clareza da ocorrência como erro grosseiro, o Coobrigado não incidiu em fraude, abuso de direito ou desvio de finalidade e que a desconsideração de personalidade jurídica, por tratar-se de medida excepcional, necessita de fatos robustos e provas factíveis do cumprimento dos requisitos para aplicação do instituto, considerando que as intenções do administrador não coadunam com prejuízo ao Fisco;

- não houve qualquer descumprimento da Lei Complementar nº 123/06 ou à Resolução nº 94/11, ocorrendo, na verdade, um erro crasso do setor administrativo fiscal no sentido de permitir que o Impugnante emitisse documento fiscal pelo Emissor de Documento Fiscal – ECF que foram declarados no preenchimento do PGDAS-D, o que não causou qualquer dano tributário aos Entes Federados;

- o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 35489380/09701710/180923 não deve prevalecer tendo em vista a não ocorrência de qualquer infração à legislação que rege o Simples Nacional, especialmente referente à venda de mercadorias sem documentação, que se mostrou inexistente, não havendo qualquer fato que respalde a exclusão do Simples Nacional.

Requerem a procedência da Impugnação, pedindo a modificação para considerar na cobrança do imposto as vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme quadro demonstrativo por eles apresentado, que sejam cancelados a inclusão do sócio-administrador como Coobrigado e o Termo de Exclusão do Simples Nacional por inexistência de infração à legislação que rege tal regime.

A Fiscalização se manifesta às págs. 148/165, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Contribuinte 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, 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, assim como, pelos intermediadores de serviços e de negócios, relativas às operações e às prestações que tenham intermediado, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, nos períodos de fevereiro de 2020 a dezembro de 2021.

Mediante conclusão fiscal, procedimento tecnicamente idôneo para a apuração de operações realizadas pelo Sujeito Passivo, conforme art. 194, inciso V, do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decreto Estadual nº 43.080/02 (RICMS/02), constatou-se que a Contribuinte acima identificada promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal durante o citado período.

Por meio das informações prestadas pelas operadoras e administradoras de cartão de crédito/débito e empresas similares, verificou-se a prática de omissão de receitas de vendas por parte da Autuada.

Durante todo o período considerado, a Contribuinte recebeu valores oriundos das vendas de suas mercadorias por meio do uso de cartões, conforme observa-se na planilha constante do Anexo 1 do Auto de Infração, de valores mensais recebidos das empresas operadoras de cartão.

Trata-se de saídas desacobertas de documentação fiscal com omissão de faturamento.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (MR) pelo não recolhimento do referido imposto tempestivamente, de 50% do valor do imposto, capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada (MI), por dar saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, prevista no art. 55, inciso II, observado o limitador do inciso I do § 2º do art. 55 da citada lei.

O sócio-administrador da Autuada incluído no polo passivo do lançamento, na condição de Coobrigado, em razão de sua responsabilidade por restar caracterizada infração à lei pelo fato de ter dado saídas desacobertas de documentos fiscais (vendas sem emissão de documentos fiscais), que se dá por força do art. 135, inciso III, da Lei (Complementar) Federal nº 5.172/66 (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei Estadual nº 6.763/75.

Pela constatação de prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/06 e de falta de emissão regular de documento fiscal de venda de mercadoria de forma reiterada, nos termos do art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da citada Lei Complementar e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18, foi lavrado o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 35489380/09701710/180923 (pág. 85), integrante deste trabalho fiscal.

O confronto entre as operações declaradas pelas operadoras de cartões de crédito e débito com as vendas declaradas no PGDAS-D, relativo aos exercícios de 2020 e 2021, está demonstrado na Planilha DCT (Anexo 1).

O ICMS foi apurado mediante a utilização da alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre o valor mensal da receita omitida, devendo-se destacar que o estabelecimento autuado, segundo informações constantes no Sistema de Informatização e Controle da Arrecadação e Fiscalização (SICAF) da SEF/MG é “Bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas, sem entretenimento” (CNAE 5611-2/04).

A exigência do ICMS na forma acima indicada está respaldada no art. 12, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.1” e § 71 do mesmo dispositivo c/c art. 51, inciso III, ambos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 12 As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

I - nas operações e prestações internas:

[...]

d) 18% (dezoito por cento):

d.1) nas operações e nas prestações não especificadas na forma das alíneas anteriores;

[...]

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

[...]

Art. 51. O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

[...]

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

[...]

Depreende-se da leitura da norma em destaque, que sua aplicabilidade se restringe aos lançamentos nos quais o valor das operações ou das prestações é arbitrado pela Autoridade Fiscal (art. 51 da Lei nº 6.763/75) ou amparado nas presunções legais de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais, conforme autorização prevista na Lei nº 6.763/75 (art. 49, § 2º).

Este é o caso da irregularidade consubstanciada nas saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais apuradas nestes autos, que foram apuradas mediante cotejo dos valores informados ao Fisco pelas administradoras de cartões de crédito/débito e os valores declarados em PGDAS-D.

Por se tratar de contribuinte inscrito no Simples Nacional, a exigência do ICMS, sem os benefícios desse regime, está amparada, também, no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar Federal nº 123/06.

Lei Complementar Federal 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.

[...]

O procedimento adotado pelo Fisco, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada, para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo, nos termos previstos no art. 194, incisos I, V e VII do RICMS/02, *in verbis*:

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;

[...]

V - conclusão fiscal;

[...]

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;

[...]

Ressalte-se que as administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer as informações de operações e prestações sujeitas ao ICMS, nos termos previstos no art. 50, § 6º da Lei nº 6.763/75 e nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

[...]

§ 6º As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente e estabelecimentos similares deverão informar à Secretaria de Estado de Fazenda todas as operações e prestações realizadas por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas - CPF -, ainda que não regularmente inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS,

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, relativamente aos períodos determinados pela legislação.

[...]

RICMS/02 - Anexo VII

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

[...]

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

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

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico

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

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

[...]

Acrescente-se que as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito são consideradas documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/02

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

[...]

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

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

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 deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

[...]

Esse repasse ao Fisco das informações das operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, pelas administradoras de cartões de crédito/débito e estabelecimentos similares, encontra respaldo em decisões judiciais, dentre as quais pode ser destacada a seguinte:

EMENTA: APELAÇÃO - CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, V, DA LEI Nº 8.137/90) - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO NÃO TRANSCORRIDO - NULIDADE DA PROVA OBTIDA PELA QUEBRA DE SIGILO FISCAL - INOCORRÊNCIA - FORNECIMENTO OBRIGATÓRIO PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - NULIDADE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS - INOCORRÊNCIA - NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DO ACUSADO NA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - PREENCHIMENTO DAS FORMALIDADES E REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - AUTORIA E

MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DOLO - INOCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - ALTERAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO FIXADAS NA SENTENÇA - INVIABILIDADE - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - IMPOSSIBILIDADE. – SE NÃO DECORREU O PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS PREVISTOS NO ART. 117, DO CÓDIGO PENAL, NÃO HÁ COMO DECLARAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE, PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.

- NÃO HÁ QUE SE FALAR EM NULIDADE DA PROVA OBTIDA PELA QUEBRA DO SIGILO FISCAL, SE O FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES DE VENDA POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO À RECEITA ESTADUAL É UMA OPERAÇÃO OBRIGATÓRIA, PREVISTA NOS ARTS. 5º E 6º, DA LC Nº 105/2001, E ART. 10-A DA PARTE 1, DO ANEXO VII, DO RICMS/2002 (MINAS GERAIS).

- SE NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FOI OPORTUNIZADO AO RÉU O DIREITO DE DEFESA, TENDO ELE, INCLUSIVE, ACIONADO O CONSELHO DE CONTRIBUINTES, NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER VÍCIO QUE ACARRETE NULIDADE.

- É VÁLIDA A DENÚNCIA QUE PREENCHE AS FORMALIDADES E OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

- NÃO HÁ FALAR EM ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO QUE DEIXOU DE EMITIR NOTAS FISCAIS DE MERCADORIAS VENDIDAS, SUPRIMINDO O RECOLHIMENTO DE ICMS AOS COFRES PÚBLICOS.

- RESTANDO COMPROVADO NOS AUTOS QUE O AGENTE, NA CONDIÇÃO DE ADMINISTRADOR DA EMPRESA, VENDEU MERCADORIAS SEM EMITIR AS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS DE SAÍDA, SUPRIMINDO O RECOLHIMENTO DE ICMS, AO LONGO DE UM EXTENSO PERÍODO DE TEMPO, RESTA EVIDENCIADO O DOLO EM SUA CONDUTA, IMPONDO-SE A CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

- NÃO DEVEM SER ALTERADAS AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS IMPOSTAS NA SENTENÇA, SE ELAS FORAM APLICADAS EM CONFORMIDADE COM OS ARTS. 43, 44, §2º, 45, 46, E 55, TODOS DO CÓDIGO PENAL.

[...]

Contrapondo-se ao feito fiscal, a Autuada destaca que o Fisco “*não considerou as vendas da Impugnante com substituição tributária informadas no*

PGDAS. (...) não levou em consideração que a empresa tem como objeto social o comércio de bar e restaurante onde parte das mercadorias que compõe o seu faturamento são oriundas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, portanto com pagamento do ICMS antecipado para o momento das aquisições das mercadorias, conforme valores das vendas declaradas nos PGDAS”.

Não obstante, afirma que “não houve saídas desacobertadas de documento fiscal, mas sim um erro crasso do setor administrativo da empresa que manteve a impugnante emitindo documento fiscal através do Emissor de Documento Fiscal – ECF sem valor fiscal, por desconhecimento das mudanças ocorridas na legislação fiscal.”

Argumenta que o Coobrigado, Sr. Vicente de Paulo César, pela clareza com que se pode verificar que o ocorrido se deveu a erro grosseiro, “não incidiu em fraude, abuso de direito ou desvio de finalidade e que a desconsideração de personalidade jurídica, por trata-se de medida excepcional, necessita de fatos robustos e provas factíveis do cumprimento dos requisitos para aplicação do instituto, considerando que as intenções do administrador não coadunam com prejuízo ao fisco.”

No entanto, as alegações da Defesa não têm o condão de elidir o feito fiscal.

O crédito tributário foi verificado com base em presunção legal de omissão de receitas, sem a identificação das mercadorias. A falta do documento fiscal na venda de mercadorias impede a conexão dessas com aquelas adquiridas para a revenda, não havendo como se determinar se o produto vendido sem nota fiscal é o mesmo que entrou acobertado de documento fiscal.

Veja-se que a Autuada e o Coobrigado não trouxeram ao feito, nenhum documento capaz de correlacionar a mercadoria que entrou acobertada de documento fiscal àquela vendida desacobertada de nota fiscal.

Restou evidenciado que, conforme mencionado acima, a própria Impugnante confessa que, por mero “desconhecimento da legislação fiscal”, através do seu equipamento Emissor de Documento Fiscal – ECF, foram efetuadas vendas sem o registro do seu valor fiscal, o que, por consequência, ficou caracterizado o que a Fiscalização demonstrou, ou seja, saídas de mercadorias, em nome do mesmo, desacobertadas de documentos fiscais.

Não há, também, qualquer prova nos autos de que as saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal se refiram a mercadorias regularmente adquiridas com retenção antecipada do ICMS relativo à substituição tributária.

Por fim, há que se reiterar que a Autuada, em momento algum, questionou os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, muito pelo contrário, pois, como já destacado, a Autuada reconheceu a prática de irregularidade com a legislação fiscal, afirmando que “um erro crasso do setor administrativo da empresa que manteve a impugnante emitindo documento fiscal através do Emissor de Documento Fiscal – ECF sem valor fiscal, por desconhecimento das mudanças ocorridas na legislação fiscal.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corretas, portanto, as exigências fiscais, constituídas pelo ICMS apurado, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II e § 2º do mesmo dispositivo:

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;

[...]

Com relação à sujeição passiva, conforme relatado, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária o sócio administrador do estabelecimento Autuado, com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, a saber:

Código Tributário Nacional (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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

[...]

A infração narrada no Auto de Infração, devidamente caracterizada nos autos, não se confunde com mero inadimplemento da obrigação tributária, tratando-se, na verdade, de atos contrários à lei, de infração em cuja definição o dolo específico é elementar.

Correta, portanto, a inclusão do sócio supracitado no polo passivo da obrigação tributária.

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, ao contrário da afirmação da Autuada, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada.

A exclusão em questão está respaldada nos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar n.º 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN n.º 140/18 (antecedida pela Resolução CGSN n.º 94/11), *in verbis*:

Lei Complementar n.º 123/06

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

[...]

Resolução CGSN nº 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;

[...]

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, de forma reiterada.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83, inciso II 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)

[...]

II - das secretarias de fazenda, de tributação ou de finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

[...]

§ 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)

[...]

O Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais - RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata das notificações em seu art. 10:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

[...]

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 dos signatários, as Conselheiras Flávia Sales Campos Vale (Revisora) e Gislana da Silva Carlos.

Sala das Sessões, 28 de fevereiro de 2024.

Dimitri Ricas Pettersen
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente

P