

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.539/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001380683-03
Impugnação: 40.010148993-02, 40.010149481-50 (Coob.)
Impugnante: Flávia Caroline Mendes de Arruda Silva 05438919682
IE: 002544198.00-36
Flávia Caroline Mendes de Arruda Silva (Coob.)
CPF: 054.389.196-82
Origem: DFT/Pouso Alegre/ Sul

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde ilimitadamente pelos créditos tributários constituídos, nos termos do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, c/c os arts. 966 e 967, ambos do Código Civil. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as informações mensais apresentadas pela Autuada à Fiscalização 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.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatado que a Autuada deixou de atender intimações efetuadas pelo Fisco, para apresentação de informações e documentos fiscais relativos aos valores de faturamento/receita bruta apurados em extratos de operações realizadas por seu estabelecimento cujos pagamentos teriam sido realizados por meio de seus sistemas de crédito e débito. Infração caracterizada nos termos dos arts. 96, inciso IV e 190 do RICMS/02. Exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a” 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 e §§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante o confronto entre as informações relativas às operações de circulação de mercadorias apresentadas pelo Sujeito Passivo à SEF/MG e as informações fornecidas pelas diversas administradoras de cartões de crédito e débito relativas às operações realizadas pelo mesmo estabelecimento da Contribuinte, cujos pagamentos tenham sido realizados por meio do sistemas de crédito, débito e similares, no período de outubro de 2016 a dezembro de 2018.

A técnica utilizada foi a comparação entre o faturamento declarado pela própria Contribuinte e suas vendas realizadas (informações contendo as operações de venda realizadas, levando em consideração os pagamentos realizados pelos consumidores através de cartão de crédito/débito/similares informados pela própria Contribuinte ou pelas administradoras de cartão).

Constatou-se, ainda, o descumprimento das intimações efetuadas pela Fiscalização para apresentação de livros e documentos fiscais, conforme Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000030977.11 (fls. 20/21) e Termo de Intimação de nº 004/2019/DFTPA NOF JC às fls. 23/25.

Exige-se o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e as Multas Isoladas previstas nos arts. 54, inciso VII, alínea “a” e 55, inciso II, todas da Lei nº 6.763/75.

O Auto de Infração encontra-se instruído com a Notificação da exclusão do Simples Nacional operada a partir de 1º de outubro de 2016, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 22279918/11525210/040919 às fls. 35/38.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 39, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 52/58.

DECISÃO

Conforme relatado, o Auto de Infração foi lavrado para se exigir ICMS, multa de revalidação e multa isolada, relativamente ao período de outubro de 2016 a dezembro de 2018, haja vista a saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, após a constatação de que o Sujeito Passivo, Microempreendedor Individual – MEI, havia ultrapassado o limite de receita bruta estabelecido para a categoria, nos termos do disposto no art. 18-A, § 7º, inciso III, alínea “b” da Lei Complementar nº 123/06.

Consta dos autos que a Contribuinte foi regularmente intimada por meio do Termo de Intimação nº 004/2019/DFTPA NOF JC, recebido em 25/03/19, conforme Aviso de Recebimento - AR JU021203967BR dos Correios, às fls. 23/25, a se pronunciar acerca da possível falta de emissão das notas fiscais de saída, apuradas mediante cruzamento eletrônico de dados realizado entre as informações prestadas pelo estabelecimento e as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito.

As inconsistências apuradas foram demonstradas e enviadas no corpo da intimação. Todavia, como bem demonstrado nos autos, decorridos mais de 4 meses,

nenhuma manifestação do Sujeito Passivo foi encaminhada à Fiscalização em cumprimento às informações requisitadas.

A Autuada se omitiu a produzir provas em seu benefício, preferindo articular suas razões de defesa na Impugnação ao lançamento tributário.

Em sede de Impugnação, no entanto, não se observa haver qualquer elemento de prova que possa ilidir os fundamentos que sustentam lançamento tributário em discussão.

Ao contrário, a Impugnante reconhece a existência das divergências apuradas, se limitando a justificar que teria solicitado os extratos junto às operadoras de cartões para confirmar a veracidade dos valores demonstrados, uma vez que alega que se encontram incluídos nesses valores parcelas referentes à mão-de-obra de montagem dos produtos (churrasqueira pré-moldada e fogão a lenha pré-moldado) no local de sua instalação, valores relativos ao transporte e despesas com ajudantes na execução dos serviços de montagem.

Afirma, ainda, que apesar de ser microempreendedora individual, exerce, também, a função de cabelereira e que teria utilizado a máquina da operadora de crédito/débito para receber os valores relativos a essa prestação de serviço, que entende ser alcançado pela incidência do tributo de competência do município.

Alega ter realizado denúncia espontânea, oportunidade em que teria comunicado o desenquadramento do MEI, solicitando, inclusive o parcelamento dos valores devidos.

Apresenta planilha com valores diversos, ao argumento de que, embora não tendo recebido as informações que solicitou junto às operadoras de cartões, não reconhece os valores apurados pelo Fisco.

Por sua vez, a Fiscalização refuta os argumentos apresentados pela Defesa, argumentando que o lançamento está correto e contém todos os elementos necessários e suficientes para garantir a higidez das exigências fiscais, tais como: fato gerador, matéria tributável, montante do tributo, sujeito passivo e as penalidades aplicáveis à espécie.

Sustenta que as exigências fiscais relatadas no Auto de Infração em discussão decorrem de Conclusão Fiscal - procedimento fiscal tecnicamente idôneo previsto nos incisos I e VII do art. 194 do RICMS/02, consistente na análise das informações fiscais da Contribuinte prestadas ao Simples Nacional em confronto com as informações prestadas pelas operadoras de cartão, os quais contém as informações necessárias e suficientes para a apuração e quantificação da base de cálculo do imposto.

Afirma que a alegação de utilização de forma incorreta da máquina de crédito/débito não merece prosperar, posto que ficou evidente o descumprimento da legislação tributária, no tocante à obrigação de emitir as notas fiscais exigidas após a constatação do desenquadramento em razão de se ter ultrapassado o limite estabelecido na Lei Complementar nº 123/06 para enquadramento no Simples Nacional.

Assim, entende que a Impugnante não teria trazido nenhum elemento suficiente para modificar o Auto de Infração em questão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vê-se, portanto, que não tem razão a Impugnante.

Nos termos do disposto na Lei Complementar nº 123/06, com a redação vigente à época dos fatos narrados na peça fiscal, a constatação de receita bruta anual auferida superior ao limite de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), acrescido de 20% (vinte por cento), obrigava o Microempreendedor Individual - MEI a comunicar o desenquadramento à Secretaria da Receita Federal do Brasil, como se percebe na redação a seguir:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006

(...)

Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o **art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

(...)

§ 7º O desenquadramento mediante comunicação do MEI à Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB dar-se-á:

(...)

III - obrigatoriamente, quando o MEI exceder, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no § 1º deste artigo, devendo a comunicação ser efetuada até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrido o excesso, produzindo efeitos:

a) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da ocorrência do excesso, na hipótese de não ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento);

b) **retroativamente a 1º de janeiro do ano-calendário da ocorrência do excesso, na hipótese de ter ultrapassado o referido limite em mais de 20% (vinte por cento);**

(...)

(Destacou-se).

Conforme Relatório Fiscal, o limite foi ultrapassado em setembro de 2016, quando o valor da receita bruta anual da Contribuinte atingiu o montante de R\$

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

76.011,10 (setenta e seis mil, onze reais e dez centavos), conforme demonstrado em tabela na Intimação às fls. 23/24 dos autos, tornando obrigatória a conduta estabelecida na norma acima referida.

Assim, com a incidência da norma acima referida, o estabelecimento da Autuada deixou de ser enquadrado na condição de MEI no exercício de 2016, retroagindo os efeitos a 1º de janeiro do ano-calendário da ocorrência do excesso, uma vez que ultrapassou o referido limite em mais de 20% (vinte por cento).

É cediço que com o desenquadramento operado pela constatação de receita bruta auferida superior ao limite estabelecido na LC nº 123/06, passa a incidir sobre o Sujeito Passivo todas as normas que estabelecem as obrigações principal e acessórias a serem observadas pelos demais contribuintes do ICMS, dentre as quais se destaca a exigência de emitir documentos fiscais nas saídas das mercadorias pelo estabelecimento comercial ou industrial, obrigação essa a que a Autuada, até então, estava desobrigada.

Correta, portanto, a conduta administrativa que, ao apurar a ocorrência de receita bruta anual auferida em valor superior ao limite estabelecido, atuou para realizar o desenquadramento de ofício, notificando o Sujeito Passivo acerca da ocorrência, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional às fls. 35/38, nos termos do disposto no § 8º do art. 18-A da LC nº 123/06, uma vez verificada a falta de comunicação de que trata o § 7º deste artigo.

Com efeito, a teor do que dispõe o art. 194 do RICMS/02, para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco pode utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como, análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários, assim como o 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.

Nesse sentido, a análise das informações fiscais da Contribuinte prestadas ao Simples Nacional, bem como aquelas informações prestadas em extratos pelas administradoras de cartões de crédito/débito se apresentam como procedimento legítimo a ensejar a constituição do crédito tributário pelo lançamento tributário, nos exatos termos do que dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional.

O art. 194 do RICMS/02 assim dispõe sobre a matéria:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis; (...)

A apuração da base de cálculo do imposto na hipótese dos autos, tem como fundamento de validade, o disposto no art. 43, inciso IV do 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:

(...)

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a) ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta: (...)

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada encontra-se prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

É incontroverso que a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto devido com os acréscimos dos valores referentes às multas pelo descumprimento das obrigações principal e acessórias estabelecidas na legislação tributária do estado de Minas Gerais, observada a alíquota aplicável ao ramo de atividade econômica explorada pela Autuada.

A constatação da realização de operações relativas à circulação de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais exigidos na legislação tributária estadual impõe a exigência do ICMS e das Multas aplicáveis aos contribuintes em geral, não alcançados pelas disposições normativas pertinentes ao regime do Simples Nacional, conforme dispõe o art. 13 da 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Aliás, a interpretação dada à hipótese dos autos pelo Fisco encontra-se congruente com o entendimento consolidado em diversas decisões das Câmaras de Julgamento do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, as quais entendem como corretas as apurações efetuadas pelo fisco, utilizando o procedimento de conclusão fiscal mediante o confronto das vendas declaradas ao Fisco e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito, com a conseqüente exclusão do infrator do Simples Nacional. A seguir, alguns acórdãos recentes sobre a matéria:

ACÓRDÃO: 23.100/18/1ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NO PROGRAMA GERADOR DA DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL – DECLARATÓRIO (PGDASN- 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. EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75, ADEQUADA NOS TERMOS DO INCISO I, § 2º DO MENCIONADO ARTIGO DA CITADA LEI. SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. EXCLUSÃO DA AUTUADA DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO ART. 29, INCISOS V E XI E §§ 1º E 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. TENDO EM VISTA QUE NÃO FOI IMPUGNADO O TERMO DE EXCLUSÃO, ESTE TORNOU-SE EFETIVO, CONFORME ESTABELECE O ART. 75, § 4º DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94/11. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 21.707/18/2ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO POR MEIO DO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO - PGDAS-D, COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART.

194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEAS “D” E “J” DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DECISÃO UNÂNIME.

Não há evidências nos autos de que a Impugnante tenha providenciado denúncia espontânea acerca dos fatos narrados no Auto de Infração, conforme sugere ter ocorrido.

Do mesmo modo, não se verificam comprovados os valores que discrimina em planilha às fls. 49, sob o argumento de que na composição dos preços praticados e recebidos mediante crédito ou débito em cartões estariam incluídos valores de serviços de instalação e mão de obra, transporte e serviços de terceiros (ajudantes de montagem).

Ao contrário do que se alega, a prática do mercado desses produtos (fogões a lenha pré-moldados e churrasqueiras pré-moldadas) é que o preço praticado já inclui a instalação e demais despesas decorrentes do transporte, descarga, e até mesmo a instalação, caso o cliente assim o queira.

Portanto, o ônus de provar a negativa da acusação fiscal diante dos fatos comprovados no lançamento tributário seria da própria Impugnante, que não logrou êxito em fazê-lo.

Caracterizada a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I do RICMS/02, *in verbis*:

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

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

(...)

Sendo assim, corretas as exigências do ICMS, bem como da respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, pela falta de recolhimento do tributo, na forma da Lei nº 6.763/75, como segue:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Relativamente à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento), reputa-se correta a exigência nos termos do dispositivo legal referido, como se pode verificar a seguir:

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:

(...)

Denota-se dos autos, que após ser regularmente intimada a se pronunciar acerca de possível falta de emissão das notas fiscais de saída, em 25/03/19, mediante termo de intimação, e novamente, em 31/07/19, por meio do Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF, para apresentar planilha com detalhamento das vendas referentes aos exercícios de 2016, 2017 e 2018, a Contribuinte quedou-se inerte.

A violação da legislação pela Impugnante fica caracterizada nos termos previstos no art. 16, incisos III e XIII da Lei nº 6.763/75. Veja-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 16. São obrigações do contribuinte

(...)

III - exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;

(...)

XIII- cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

(...)

O inadimplemento da obrigação acessória de entregar as informações exigidas nas intimações expedidas pela Fiscalização e no AIAF não foi elidido pela Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Correta, portanto, a aplicação da penalidade prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFGMs por intimação;

(...)

Tendo a Fiscalização aplicado corretamente a penalidade prevista na legislação mineira, não há que se falar em abuso ou desproporcionalidade, pois a penalidade exigida está prevista nas normas vigentes.

Correta, portanto, a aplicação da penalidade isolada na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

No tocante à sujeição passiva, o Fisco incluiu no polo passivo da obrigação tributária a empresária Flávia Caroline Mendes de Arruda Silva, responsável pela administração da sua empresa individual, sendo, portanto, responsável por todos os débitos da empresa.

Cumprido destacar que a condição de empresário individual tem previsão nos arts. 966 e 967, ambos do Código Civil (CC), Lei nº 10.406/02, e, neste caso, não existe distinção de personalidade jurídica entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Veja-se:

Lei nº 10.406/02 - (CÓDIGO CIVIL)

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Para todos os efeitos legais, o empresário individual é pessoa física, embora inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ. Não há separação do patrimônio das pessoas físicas e jurídicas. A responsabilidade patrimonial é ilimitada.

O entendimento no mesmo sentido da interpretação do Fisco encontra-se consolidado na jurisprudência:

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

Destaca-se que o empresário individual tem conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as vendas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal têm, como finalidade, suprimir o tributo devido.

Nada obstante, veja-se que o art. 135, inciso III, do CTN, estabelece que o titular da empresa individual, que efetivamente é quem administra os negócios da empresa, responde pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, conforme, também, o disposto no art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 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 quefaz ou fez parte.

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública Estadual.

Assim, resta clara e evidente que a conduta da Autuada tem potencial intuito de lesar o erário estadual. Portanto, correta a inclusão do titular da empresa individual no polo passivo da presente obrigação tributária.

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI, ambos da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140/18 de 22/05/18.

Veja-se a legislação referida:

Lei Complementar nº 123/06

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II aXII 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-calendárioseguintes.

(...)

§ 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 intermédio de auto de infração ou notificação de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;
ou

(...)

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

CGSN nº 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; Art.33)

I - da RFB;

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

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 122.

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

Nesse sentido, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

Frisa-se que, corretamente, as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal a partir de outubro de 2016, período de apuração a partir do qual produziu efeitos a exclusão de ofício do Simples Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor), Marco Túlio da Silva e Nayara Atayde Gonçalves Machado.

Sala das Sessões, 01 de setembro de 2020.

**Geraldo da Silva Datas
Presidente / Relator**

CCMG