

Acórdão: 22.627/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001481964-28
Impugnação: 40.010150295-57
Impugnante: Ondas Poke Ltda.
IE: 002946053.00-44
Coobrigado: Bruno Stancioli Marinho Costa
CPF: 074.787.326-74
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c 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 os documentos fiscais 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. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140 de 22/05/18.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de julho de 2017 a novembro de 2018, apuradas mediante confronto entre as vendas realizadas por meio de cartões de débito/crédito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões, com os documentos fiscais de saída emitidos pela Contribuinte.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi incluído, também, no polo passivo, o sócio-administrador, em função de sua responsabilidade pelos atos praticados na gestão da empresa, com base no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 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. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140 de 22/05/18.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 32/33.

Em função dos elementos trazidos na peça defensiva, a Fiscalização intima a Autuada a apresentar memória de fita detalhe e leitura de memória fiscal, em meio eletrônico, com extensão TDM (gerado de acordo com Ato Cotepe17/04) e o espelho da fita detalhe em extensão TXT do ECF-IF, série que discrimina, do período de 07/04/17 a 30/09/19, bem como todos os atestados de intervenção técnica do referido equipamento ECF, dentro do período fiscalizado.

A Autuada não comparece aos autos e a Fiscalização manifesta-se às fls. 219/234.

DECISÃO

Conforme acima relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de julho de 2017 a novembro de 2018, apuradas mediante confronto entre as vendas realizadas por meio de cartões de débito/crédito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões, com os documentos fiscais de saída emitidos pela Contribuinte.

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

Foi incluído, também, no polo passivo, o sócio-administrador, em função de sua responsabilidade pelos atos praticados na gestão da empresa, com base no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Informa a Fiscalização, no relatório fiscal que a Contribuinte foi intimada, antes da lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF, para prestar esclarecimentos sobre as inconsistências detectadas entre suas declarações e as informações prestadas pelas administradoras de cartão e em resposta, ela retificou suas declarações no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D), relativamente ao período de julho de 2017 a dezembro de 2018, em 20/08/19.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, para verificação das informações prestadas, foi lavrado o AIAF, quando a Contribuinte foi intimada a apresentar todos os documentos fiscais emitidos no período e/ou memória da fita detalhe e leitura de memória fiscal, visto que sua comprovação de saídas é por Emissor de Cupom Fiscal.

Como não foram apresentadas notas fiscais emitidas no período fiscalizado, o cálculo do ICMS devido foi realizado com base nos valores fornecidos pelas operadoras de cartão.

A Autuada alega, em sua defesa:

- que se encontra com suas atividades suspensas desde 22/02/2019, conforme processo da Junta Comercial e, por este motivo não realizou nova opção pelo Simples e não teve nenhuma movimentação em seu CNPJ, a partir de 11/2018;
- com relação ao cumprimento da intimação para apresentação dos documentos solicitados, alega que, em consulta presencial a SEF, foi orientado a retificar os referidos documentos e solicitar novo parcelamento;
- que apresentou as notas fiscais e que não trabalhava com pagamento em dinheiro por questão de segurança;
- que por motivos operacionais com a empresa contratada do ECF, ficou um período sem a máquina, que estava com defeito e, por este motivo, passou a emitir notas fiscais, com o intuito de não lesar a União;
- que, verificadas inconsistências relativas as vendas com cartão, procedeu as devidas retificações e solicitou parcelamento dos referidos débitos, conforme recibo e guias anexos.

Anexa cópias de leitura Redução Z e Relatório Gerencial do ECF BE051775610000240834 e 3ª vias das Notas Fiscais de Venda a Varejo ao Consumidor – série D.

Em função dos elementos trazidos na peça defensoria, a Fiscalização intima a Autuada, mais uma vez, a apresentar memória de fita detalhe e leitura de memória fiscal, em meio eletrônico, com extensão TDM (gerado de acordo com Ato Cotepe17/04) e o espelho da fita detalhe em extensão TXT do ECF-IF, série que discrimina, do período de 07/04/17 a 30/09/19, bem como todos os atestados de intervenção técnica do referido equipamento ECF, dentro do período fiscalizado.

A Autuada não comparece aos autos e a Fiscalização, então, manifesta-se, sob os seguintes argumentos:

- que o contribuinte foi intimado, em 14 de agosto de 2019, conforme AR (fls.03), para que apresentasse à DF/JF-2 esclarecimentos sobre as possíveis

inconsistências encontradas nas informações prestadas pela empresa e as prestadas pelas administradoras relativas às vendas no cartão de crédito/débito e em 20 de agosto de 2019, o contribuinte retificou seus PGDAS-D do período de 07/2017 a 12/2018;

- que para verificação da validade das informações prestadas, foi iniciada a presente auditoria, por meio do AIAF, para a contribuinte apresentar todos os documentos fiscais emitidos no período e/ou memória da Fita Detalhe e Leitura de memória fiscal em meio eletrônico CD, com extensão TDM (gerado de acordo com o Ato Cotepe 17/04) e o Espelho da Fita Detalhe em extensão TXT para o equipamento ECF-IF série BE051775610000240834, mas a solicitação não foi atendida;

- que em 17/02/2020, foi lavrado o presente Auto de Infração (fls. 08) e, somente em 22/05/2020, este foi recebido pelo sujeito passivo (fls. 28), portanto, da data do recebimento do AIAF a do recebimento do AI, a Autuada teve prazo suficiente para apresentar documentos fiscais de sua emissão;

- que assim, o cálculo do ICMS devido foi realizado com base nas informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, apresentadas no Anexo 1 - Relatório Consolidado dos dados fornecidos pelas administradoras extraído do Auditor Eletrônico – Sistema de Auditoria da SEF (fls. 15 a 17), conforme esclarece o item 10.3 do Relatório Fiscal (fls. 13);

- que o procedimento adotado pelo fisco, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal do Autuado para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no artigo 194, incisos I e VII, do RICMS/02;

- que a legislação autoriza o fisco a conhecer e apreciar as informações prestadas por administradoras de cartões de crédito/débito bem como há a obrigação legal imposta a essas empresas para que prestem tais informações. É o que se depreende dos artigos 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02;

- que as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito também são consideradas como documentos fiscais, nos termos do disposto no artigo 132, inciso III do RICMS/02;

- que no Anexo 2 (fls. 19 e 20), os Relatórios “Conclusão Fiscal” apresentam o valor mensal das vendas realizadas por meio de cartão de

crédito/débito, no qual foi aplicada a alíquota de 8,4% devido à redução de base de cálculo prevista no art. 43, inciso VI c/c item 20 da Parte 1 do Anexo IV, todos do RICMS/02;

- que o início do processo de exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos artigos 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar n.º 123/06, e inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional – CGSN n.º 94/11, atualizada pelo artigo 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional – CGSN n.º 140/18;

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

- que a Autuada apresenta Impugnação, contendo cópias de leitura Redução Z e Relatório Gerencial do ECF BE051775610000240834 (fls. 46 a 55 e 209) e 3ª vias das Notas Fiscais de Venda a Varejo ao Consumidor – série D (fls. 56 a 209);

- que ao analisar os documentos citados e os argumentos externados, verificou-se que os relatórios gerenciais e as leituras Z extraídas do equipamento de ECF não discriminam por cupom fiscal, o que inviabiliza o cruzamento dos dados informados no cupom fiscal com os dados das vendas com cartão de crédito/débito;

- que relativamente as Notas Fiscais série D, a Impugnante relatou que as emitiu devido a um defeito apresentado pelo ECF, mas não juntou documentos probatórios exigidos na legislação - Atestado de Intervenção Técnica do Equipamento ECF dos períodos paralisados;

- que para dar prosseguimento ao feito fiscal, o Fisco procedeu nova intimação, recebida pela Impugnante em 25/11/2020, conforme AR, todavia, a Impugnante não atendeu a intimação e como não foi apresentado qualquer documento que comprove as situações em que é permitida a emissão de nota fiscal de venda ao consumidor, estas não podem ser aceitas;

- que a Autuada relata que foi orientada a retificar os referidos documentos e solicitar novo parcelamento em consulta presencial a SEF, o que fez junto à Receita Federal, conforme recibo de adesão ao parcelamento do Simples Nacional (fls. 44;
- que, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentação fiscal, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação do Simples Nacional, conforme o disposto no artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

Verifica-se, portanto, que, de fato, razão não assiste à Autuada.

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

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

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

(...)

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

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>.

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, constantes de listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares."

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"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, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares."

(...)

Art. 13-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o último dia

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

§ 1º As empresas de que trata o caput:

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

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

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

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

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"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 www.sintegra.gov.br;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

(...)

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

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto.

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

“III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.”

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

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

Efeitos de 1º/10/2017 a 31/12/2019 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

“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 pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, em conformidade com o Manual de Orientação anexo ao Protocolo ECF 04, de 24 de setembro de 2001, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação”.

Efeitos de 18/08/2009 a 30/09/2017 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.152, de 17/08/2009:

“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.”

O Anexo 2 do AI, apresenta os relatórios “Conclusão Fiscal” dos exercícios 2017 a 2019, demonstrando mês a mês, os valores das operações informadas pelas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operadoras de cartão de crédito/débito, confrontando-se com as notas fiscais de saída, obtendo-se as diferenças apuradas.

Note-se que a Contribuinte retificou as informações constantes do PGDAS-D, após a intimação fiscal, agindo, pois, corretamente a fiscalização, em intimá-la a apresentar os documentos fiscais emitidos, a fim de checar a validade de tais declarações.

Contudo, a Autuada nada apresentou, só trazendo alguns documentos, por ocasião da Impugnação.

Ocorre, todavia, que tais documentos não se prestam aos fins propostos, visto que a nota fiscal série D, para o contribuinte que comprova suas saídas por ECF, só é permitido na ocorrência de anormalidade, devendo ser emitido o atestado de intervenção técnica, conforme Portaria SRE 132/14, o que não foi apresentado.

Além do mais, tais documentos não registram o nome da administradora e o número do respectivo comprovante do cartão, a que se referem, se fosse o caso, nos termos do § 2º do art.12, do anexo V do RICMS/02.

Da mesma forma, os relatórios gerenciais e as leituras Z extraídas do ECF apresentadas, não apresentam discriminação por cupom fiscal, inviabilizando o cruzamento dos dados constantes do cupom fiscal, com os dados das vendas de cartão.

Importante ressaltar que a Autuada foi, inclusive, novamente intimada, após a Impugnação, para apresentar os documentos pertinentes, entretanto, mais uma vez, não o fez.

Assim, correta a apuração de saídas desacobertadas, com base nas informações prestadas pelas administradoras de cartão.

Ressalta-se que a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais, sujeita o contribuinte do Simples Nacional, ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devendo ser observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme preceitua o art. 13 da Lei Complementar nº 123/06 abaixo transcrita.

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

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

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

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Correta, também, a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e 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.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

A fundamentação para a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional é a ocorrência reiterada de infração à legislação tributária, em razão de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme consta do referido lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A propósito da matéria, assim dispõe a Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

Das Obrigações Fiscais Acessórias

(...)

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;

(...)

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados 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.

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, 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 94/11

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou 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. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 4º Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa

exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º.

§ 7º Ainda que a ME ou EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos tributários junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso V do caput e no § 1º, ambos do art. 76.

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 3º A ME ou 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 dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;

(...)

Dessa forma, a legislação determina a exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, quando restar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comprovada, entre outras, a prática reiterada da infração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Portanto, correto o procedimento fiscal em excluir a empresa, a partir do segundo mês da prática da infração, quando restou caracterizada novamente a ocorrência, ou seja, a prática reiterada, consistente na saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª 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 Gislana da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 20 de maio de 2021.

Cindy Andrade Moraes
Relatora

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor