

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.779/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001016335-97
Impugnação: 40.010148173-90
Impugnante: Precision Bar Eireli
IE: 062667571.00-94
Coobrigado: Delson Bianchi Scaldaferrri
CPF: 535.174.406-63
Origem: DF/Belo Horizonte - 5

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA. 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 c/c § 2º, todos 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 140/18, de 22/05/18, devendo, todavia, ser adequada a data inicial do Termo de Exclusão, para o segundo mês da prática da infração constatada.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de maio de 2015 a abril de 2018, apuradas mediante confronto entre as receitas informadas pelo sujeito passivo no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDAS e os

valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito.

Está sendo exigido o ICMS e as multas de Revalidação e Isolada, previstas no art. 56, inciso II e art. 55, inciso II c/c § 2º, todos 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 140/18, de 22/05/18.

Foi inserido no polo passivo da autuação o sócio-administrador com fulcro no art. 21, inciso XII c/c § 2º, inciso II do Lei nº 6.763/73 e art. 135, inciso III do CTN.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 471/472, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 493/504.

A Câmara de Julgamento exara o Despacho Interlocutório de fls. 508, o qual não é cumprido pela Autuada.

A Câmara de Julgamento determina a realização de Diligência de fls. 517, para intimação do Coobrigado, relativamente ao referido despacho, que resulta na sua manifestação às fls. 522 e 524 e juntada de documentos de fls. 523 e 525/532.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se às fls. 534/535.

DECISÃO

Conforme acima relatado, a autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de maio de 2015 a abril de 2018, apuradas mediante confronto entre as receitas informadas pelo sujeito passivo no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDAS e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito.

Está sendo exigido o ICMS e as multas de Revalidação e Isolada, previstas no art. 56, inciso II e art. 55, inciso II c/c § 2º, todos 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 140/18, de 22/05/18.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi inserido no polo passivo da autuação o sócio-administrador com fulcro no art. 21, inciso XII c/c § 2º, inciso II do Lei nº 6.763/73 e art. 135, inciso III do CTN.

A Fiscalização, ao realizar o cotejo entre a documentação do Contribuinte e o valor das operações realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões), apurou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

A Autuada alega, em sua defesa:

- que recebeu da Prefeitura de Belo Horizonte uma notificação prévia para auto regularização das receitas que não foram oferecidas à tributação do ISSQN;
- que os débitos apontados pela Prefeitura, referem-se aos mesmos cobrados pelo auto de infração, caracterizando bitributação, pois existe um mesmo fato gerador para dois tributos, infringindo os artigos 153, 154 e 155 da Constituição Federal, tendo em vista que um ente federativo está invadindo a competência do outro;
- que, conforme Lei Complementar 116 que dispõe do ISSQN, se enquadra no item de prestação de serviços de informática e congêneres, onde não é devido o imposto estadual, mas somente o ISS;
- que está anexando documentação referente à notificação emitida pela prefeitura
- que, mesmo existindo alguma pendência, o produto comercializado pela empresa tem substituição tributária.

A Fiscalização manifesta-se, sob os seguintes argumentos:

- que o Contribuinte pertence ao sistema simplificado de tributação do Simples Nacional desde 01/07/2007;
- que a partir da análise da documentação do contribuinte, seja eletrônica ou não e da análise das informações das administradoras de cartão de crédito e débito, constatou-se que o autuado promoveu venda de mercadorias sem emissão de notas fiscais;
- que os valores indicados nos anexos do auto de infração são as informações prestadas pelas Administradoras, se apresentando em formato eletrônico, cujos dados foram lançados no anexo 1, juntado ao PTA;
- que as provas apresentadas pelo Fisco, quais sejam, o relatório das administradoras e os extratos do Simples Nacional são incontestáveis e foram utilizadas na sua integralidade e que o Impugnante poderia ter apresentado as provas que contradissem aquelas

apresentas no auto de infração, em face do princípio da ampla defesa e do contraditório;

- que o contribuinte sequer se pronunciou a respeito do descumprimento da sua obrigação de emitir documento fiscal e limitou-se apenas a informar que está havendo um conflito, no tocante ao fato de que a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte está cobrando ISSQN sobre as mesmas diferenças apuradas pela Receita Estadual;

- que o sócio administrador foi inserido no polo passivo da obrigação tributária sob o entendimento de que a infração cometida caracteriza fraude contra a Fazenda Pública Estadual visando à supressão ou redução do ICMS devido, nos termos do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 135, inciso III do CTN;

- que o demonstrativo de notificação da Prefeitura, em vários períodos, há coincidência de valores, sejam os informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, sejam os declarados no Simples Nacional e também se apresentam quanto ao período verificado;

- que, para ter os valores revistos, necessário seria que o contribuinte atendesse à regra do artigo 42-inciso I - § 29 do RICMS/02, especificando e comprovando as vendas de modo que se pudesse avaliar a forma de tributação específica para cada mercadoria, operação ou prestação e que isso, a Impugnante não fez;

- quanto à alegação de que exerce atividades na Lei Complementar nº 116/03, quais sejam, serviços de informática e congêneres, estando sujeitos ao imposto municipal, afirma que, quando do início da ação fiscal, analisou o CNAE ao qual estava vinculado o contribuinte, onde está descrita a sua atividade principal como sendo “reparação e manutenção de computadores e de equipamentos periféricos”;

- que baixou-se o arquivo de notas fiscais eletrônicas destinadas ao contribuinte, quando verificou a aquisição de mercadorias diversas, sendo solicitado que ele apresentasse declarações de estoque para os anos de 2015/2016/2017 e 2018 (30/04/2018) e arquivo magnético ou cópia de documentos fiscais emitidos;

- que no caso do arquivo magnético, solicitou documentos que acobertaram o faturamento declarado no Simples Nacional e foram apresentadas notas fiscais de sua emissão (fls. 128/142), TODAS, tendo como natureza operação “remessa para conserto” e de vendas de bebidas diversas, que possuem um único destinatário, ESTASON CENTRAL LTDA, que tem

como atividade principal “danceteria, discoteca, salão de dança e similares” e possui como sócio, o coobrigado;

- que o contribuinte também apresentou notas fiscais e outros documentos que indicam aquisição de mercadorias diversas, dentre as principais podem ser destacados: combustíveis, materiais elétricos, material de papelaria, material e equipamentos de informática, produtos gerais de supermercados, artigos para decoração de festas, gelo, produtos para sanduíches, etc;

- que em nenhum dos documentos está demonstrada a prestação de serviços de informática que estariam abrangidas pelo ISSQN ou a apresentação de notas fiscais de serviços que acobertassem as prestações pontuadas nos extratos do Simples Nacional;

- que relativamente ao fato de que tais mercadorias já tiveram o ICMS pago anteriormente por substituição tributária, não tem como definir o que realmente foi vendido e que o contribuinte poderia comprovar o que realmente vendeu sem nota fiscal, para que se analisasse se seria o caso de considerar alíquota diferenciada ou mesmo inexistência de fato gerador do ICMS;

- que o contrato social e alterações, tem como objeto social, atividade que não condiz com os documentos juntados;

- que não cabe, aqui, entrar em detalhes a respeito da cobrança da Prefeitura de BH;

- que as multas lançadas, tanto de revalidação como isolada, foram corretamente capituladas;

- pede pela procedência do lançamento.

O presente processo veio a julgamento na 3ª Câmara, na sessão de 08/10/19, quando foi exarado despacho interlocutório para que a Autuada apresentasse documentos comprobatórios que evidenciassem a natureza jurídica (venda ou prestação de serviço) da receita auferida no período autuado, tais como: recibos de pagamento, contratos, notas fiscais, etc.

Não houve manifestação.

O PTA veio, novamente, a julgamento nesta Câmara, em 02/09/20, quando foi convertido em diligência para que a Fiscalização promovesse a intimação do Coobrigado, relativamente ao referido despacho interlocutório.

O Coobrigado, então, manifesta-se nos seguintes termos:

- solicita, em novembro de 2020, a postergação do prazo de entrega da documentação solicitada, por 60

dias, em função da pandemia, por ser do grupo de risco e por se encontrar, a empresa, paralisada, sem funcionários para atender a determinação e sem contador;

- em março/21, encaminha comprovação de adesão de negociação, junto a Procuradoria da Fazenda Nacional; notificação prévia visando a auto regularização, efetuada pelo Município de BH, em função de débitos não oferecidos à tributação do ISS; relação dos débitos junto à Prefeitura de BH; parcelamento dos débitos, com a relação dos períodos e valores;

- informa que a empresa está paralisada desde 2019.

A Fiscalização manifesta-se novamente, argumentando:

- que os documentos juntados pelo Autuado, trazem informações que já combateu, visto que não comprovam a evidência da prestação de serviços;

- que na cláusula 2ª do contrato social, consta que o objetivo social, além da prestação de serviço de reparação de computadores e equipamentos periféricos, é o comércio varejista de bebidas, equipamentos e peças eletrônicas, suprimentos para processamento de dados e sistemas informatizados;

- que em 11/2018, a razão social da empresa autuada foi alterada pra Precision Bar Eireli;

- que está evidenciado, nos documentos que acompanham a Impugnação, a comercialização de produtos sujeitos ao ICMS;

- pede pela procedência do lançamento.

Diante do relato acima, verifica-se que, de fato, razão não assiste ao Autuado.

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

trata o art. 10-A deste anexo até o último dia 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.”

Cumprе ressaltar, ainda, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.”

Importante destacar 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacompanhada de documento fiscal;

O Impugnante argumenta que os valores apurados pela Fiscalização, no presente lançamento, estão sendo cobrados pelo Município de Belo Horizonte, por se referirem a prestação de serviços de informática e congêneres, sujeitas à tributação pelo ISSQN.

Entretanto, tais argumentos não merecem acolhida, em face dos seguintes argumentos:

- os inventários lavrados pela empresa, relativamente aos exercícios, objeto da autuação, apresentam grande quantidade de mercadorias (papeleria, artigos de informática, bebidas, ...);

- as próprias PGDAS, transmitidas pela Autuada, declaram parte considerável da receita, como revenda de mercadorias;

- o CNAE principal da Autuada refere-se a reparação e manutenção de computadores e de equipamentos periféricos e o CNAE secundário, a comércio varejista de bebidas;

- foram apresentadas NFs de compra de mercadorias e NFs de saída de mercadorias (vendas).

Além do mais, foi dada oportunidade, à Autuada, de apresentar documentos comprobatórios de que as receitas omitidas ou parte delas, pudessem ser de prestação de serviços, o que não foi efetuado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se, ainda, que o fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, os termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

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

(...)

§ 1º -O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII -ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Quanto ao Termo de Exclusão do Contribuinte do Simples Nacional, sua fundamentação é a ocorrência de prática reiterada de infração à legislação tributária, em razão de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme consta do referido lançamento.

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (...)

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11 e art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j" da Resolução CGSN nº 140/18, de 22/05/18 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 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)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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;

(...)

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

(...)

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

Todavia, merece reparo o procedimento fiscal em excluir a empresa, a partir do primeiro mês da prática da infração (01/01/15), conforme Termo de Exclusão de fls. 446, uma vez que somente restou caracterizada nova ocorrência, ou seja, a prática

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

reiterada, consistente na saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no segundo mês em que foi constatada a infração (01/06/15).

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 parcialmente procedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional para considerar seus efeitos a partir de 01/06/15. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Gislana da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 05 de agosto de 2021.

**Cindy Andrade Moraes
Relatora**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor**

D