

Acórdão: 23.899/21/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001581819-71
Impugnação: 40.010151640-12
Impugnante: Solsete Musical Ltda.
IE: 001092400.00-07
Coobrigado: Ravel Queiroz da Veiga e Sousa
CPF: 070.289.816-30
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, 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, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA – CONCLUSÃO FISCAL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatada a entrada de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu entrada e saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua 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 as seguintes irregularidades:

1) saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de maio de 2016 a junho de 2019, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

No tocante à parcela das mercadorias sujeita à substituição tributária, cujas saídas ocorreram sem acobertamento fiscal, foi exigido exclusivamente a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

2) entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2016 a 2019, sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

Foi inserido no polo passivo, como coobrigado, o sócio-administrador da Contribuinte, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN).

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 CGSN nº 140 de 22/05/18.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 282/283, contra a qual a Fiscalização manifestasse às fls. 293/308.

DECISÃO

Conforme acima relatado, a autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1) saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de maio de 2016 a junho de 2019, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

No tocante à parcela das mercadorias sujeita à substituição tributária, cujas saídas ocorreram sem acobertamento fiscal, foi exigido exclusivamente a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

2) entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2016 a 2019, sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

As entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal foram apuradas mediante conclusão fiscal, com o emprego da equação CMV (Custo das Mercadorias Vendidas) = Ei (Estoque Inicial) + C (Compras) – Ef (Estoque Final).

Foi inserido no polo passivo, como coobrigado, o sócio-administrador da Contribuinte, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN).

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do regime do 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 CGSN nº 140 de 22/05/18.

Em sua defesa, a Impugnante argumenta em síntese:

- que todas as mercadorias novas que dão entrada em sua loja são acompanhadas de documento fiscal e, havendo ST, apura e recolhe o tributo aos cofres da Fazenda Estadual;

- que, dentre as apurações efetuadas pelo Fisco, foram incluídas diversas NCMs que não deveriam ser tributadas, pois tratam-se de produtos para uso, consumo e manutenção da Autuada;

- que foram incluídos também diversos produtos que não incidem ST, como acessórios e partes para instrumentos musicais e que, ainda, está sendo exigido ICMS/ST sobre mercadorias usadas, que já teriam sido tributadas anteriormente, quando novas. Todavia, admite que, por erro da empresa, deixou de emitir notas fiscais de entrada referente a compra de mercadorias usadas, no período de 2018 e 2019;

- que o Auto de Infração foi instituído de forma extremamente severa, sendo identificada a cobrança de multas que ultrapassam 200% (duzentos por cento) do valor do suposto débito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, razão não lhe assiste, uma vez que se verifica dos autos que as infrações apontadas no Auto de Infração estão robustamente embasadas na apuração efetuada pela Fiscalização e na documentação que lhe dá suporte.

Primeiramente verifica-se que a Fiscalização teve o cuidado de buscar efetivamente quais operações realizadas pela Contribuinte estariam sujeitas ao ICMS e ao ICMS/ST, realizando o rateio das operações praticadas pela Autuada com acobertamento fiscal, para fins de tributação das operações ocorridas sem acobertamento fiscal, encontra-se nos demonstrativos do Anexo 5 (operações sujeitas ao ISSQN/ICMS), às fls. 22/25, e do Anexo 6 (operações sujeitas e não sujeitas à ST).

Dessa forma, observa-se que a apuração das saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal resultaram do confronto dos valores das saídas oficialmente informados pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) (Anexo 3 em mídia eletrônica de fls. 21) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito (Anexo 2 em mídia eletrônica de fls. 21).

Por sua vez, a Conclusão Fiscal encontra-se no Anexo 7, de fls. 29/33, e o respectivo Demonstrativo do Crédito Tributário relacionado a essas saídas encontra-se no Anexo 8, de fls. 34/35.

Nota-se que, para fazer o rateio das operações sem acobertamento fiscal sujeitas à substituição tributária e tributação normal, adotou-se a mesma proporção das saídas acobertadas informadas pela Contribuinte nos PGDAS-D.

Cumprе ressaltar que todos os dados utilizados foram extraídos das informações prestadas pela própria Contribuinte ao Fisco.

Ressalte-se, ainda, que a apuração realizada pela Fiscalização nos presentes autos foi levada a efeito com a utilização de procedimentos tecnicamente idôneos previstos nos incisos I e V, do art. 194 do RICMS/02:

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

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

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

Quanto à adoção dos valores das vendas cujos recebimentos deram-se por meio de cartão de crédito, vale destacar que tais informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III, do RICMS/02:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Registra-se, ainda, que as obrigações acessórias as quais se encontram sujeitas as administradoras de cartões de crédito/débito encontram-se regulamentadas 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 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 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Ainda sobre esta questão, o § 5º do art. 50 da Lei nº 6.763/75 determina que:

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

§ 5º - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente e estabelecimentos similares deverão informar à Secretaria de Estado de Fazenda todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, relativamente aos períodos determinados pela legislação.

Verifica-se, pois, que as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais e são repassadas ao Fisco, por força de determinação legal.

Quanto às entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, para sua apuração verifica-se que foram apuradas, mediante conclusão fiscal, com o emprego da equação CMV (Custo das Mercadorias Vendidas) = Ei (Estoque Inicial) + C (Compras) – Ef (Estoque Final).

Para obtenção do valor das entradas de mercadorias sem acobertamento fiscal, a Fiscalização utilizou-se da seguinte fórmula $EF = EI + C - V$ (EF: Estoque Final, EI: Estoque Inicial, C: Compras e V: Vendas com e sem documento fiscal). Conforme demonstrativo de apuração e detalhamentos constante do Anexo 10, de fls. 41/42.

Destaca-se que a apuração do CMV - Custo das Mercadorias Vendidas (coluna F) foi apurado após a dedução da MVA das vendas totais, conforme demonstrado às fls. 42.

Nesse contexto, constata-se que as entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal ocorrem quando o somatório de $EI + Compras - CMV$ é negativo (EF negativo), o que indica, em síntese, que a Autuada não tinha mercadorias, acobertas por documentação fiscal, suficientes para fazer frente às saídas de mercadorias com e sem acobertamento fiscal, denotando-se, portanto, a ocorrência de entradas de mercadorias sem acobertamento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A apuração da base de cálculo do ICMS/ST deu-se com a aplicação da MVA média (apuração fls. 36/40 – Anexo 9/Cálculo MVA) sobre o valor das entradas de mercadorias sem o acobertamento fiscal sujeitas à substituição tributária, pois 100% (cem por cento) das mercadorias faturadas com documento fiscal estavam sujeitas à substituição tributária.

Quanto às argumentações de Defesa, de que dentre as apurações foram incluídos diversos NCMs que não deveriam ser tributados, pois tratam-se de produtos para uso, consumo e manutenção da loja, e também diversos produtos não sujeitos à substituição tributária, como acessórios e partes para instrumentos musicais e que grande percentual de suas vendas é representado por instrumentos musicais usados, como bem observado pela Fiscalização, para apuração do imposto devido, referente às entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, tomou-se por base para o lançamento, como já salientado, o percentual de rateio de saídas sujeitas ao ICMS e ISSQN e, também, o percentual de saídas sujeitas e não sujeitas à ST, **declarados** pela própria Autuada ao Simples Nacional mediante PGDAS-D.

Dessa forma, todas as apurações tiveram por base os próprios documentos informados pela Contribuinte, não tendo suas alegações qualquer interferência na apuração efetuada pelo Fisco.

Esclareça-se que, em relação à base de cálculo foi observado o disposto no art. 13, inciso IV, c/c art. 51, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75, *verbis*:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, prevista no inciso VI do artigo 6º, o valor da operação;

(...)

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

(...)

I - o contribuinte não exibir à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

Quanto à alíquota, para a Autuada se aplica, como efetuado pelo Fisco, a prevista no art. 12, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.1”, da Lei nº 6.763/75, *verbis*:

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

I - nas operações e prestações internas:

(...)

d) 18% (dezoito por cento):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Sendo assim, corretas as exigências do ICMS e do ICMS/ST, bem como da Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, c/c § 2, inciso III, no caso de mercadorias sujeitas à ST, pela falta de recolhimento do tributo, na forma da Lei nº 6.763/75, como segue:

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.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

Da mesma forma, correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, c/c o § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75, por dar entrada e dar saída à mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, nos seguintes termos:

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 desacompanhada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(...)

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, 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, nos 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;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Cita-se, ainda, outras decisões mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

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.

No que concerne à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas 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 e inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Veja-se a legislação mencionada:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

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 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

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;

(...)

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de 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

(...)

§ 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 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, proceda a entradas e saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Quanto ao sócio-administrador, correta a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, examine-se:

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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.

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 mineira quando das entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, sem recolhimento do imposto devido. Desse modo, o sócio-administrador responde solidariamente pelo crédito tributário em exame, eis que efetivamente participou das deliberações e dos negócios da empresa por ocasião da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das multas, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Paula Prado Veiga de Pinho (Revisora) e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 17 de agosto de 2021.

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente

D