

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.978/21/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002037583-72
Impugnação: 40.010152659-01 (Coob.)
Impugnante: Túlio Gimenes de Freitas (Coob.)
CPF: 125.041.376-13
Autuado: Baterias Brazuca Eireli
IE: 002984336.00-60
Proc. S. Passivo: Érico Martins da Silva
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EIRELI - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com infração de lei, 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 no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. Constatada a falta de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS do estado de Minas Gerais, descumprindo o determinado no art. 16, inciso I, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 96, inciso I, do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso I, 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.

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

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação abrange o período compreendido entre 01/02/16 a 31/07/16 e versa sobre as seguintes questões:

1) saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização através do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) com os valores referentes às operações de débito/crédito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões de débito e, ou crédito, com os valores declarados pela Impugnante.

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

2) constatação da falta de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS do estado de Minas Gerais pela Autuada, no período compreendido entre 21/02/16 a 11/06/17, descumprindo o determinado no art. 16, inciso I, da Lei nº 6.763/75 c/c art.96, inciso I, do RICMS/02.

Exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

3) 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.

O empresário individual Túlio Gimenes de Freitas foi inserido no polo passivo da autuação nos termos do art.135, inciso III, ambos do CTN c/c o art. 21, §2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, em razão da prática de atos com infração à lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 66/74, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 75/112.

Alega a autuada que a sua atividade consiste na venda de baterias para veículos automotores e que nos moldes do RICMS/2002 – Anexo XV, art. 56 c/c capítulo 1, da Parte 2 deste mesmo Anexo – o ICMS de tal mercadoria é recolhido pela via da Substituição Tributária, e sendo assim, não há o que se falar na cobrança integral do débito de ICMS, uma vez o ICMS já haveria sido recolhido.

Diz que, conforme decidido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (cita o processo de nº 5004934-07.2015.8.13.0145), quando ocorrer a apuração de diferença de tributo em relação à empresa optante pelo simples nacional através de informação prestada por administradora de cartões de crédito/débito, não há que se falar em imposição da alíquota do regime tributário aplicável às demais pessoas jurídicas.

Argumenta que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou de débito são consideradas documentos fiscais, conforme previsto no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

próprio RICMS/02, e que portanto, não há o que se falar em saídas desacobertas de documentação fiscal.

Alega que, diante da existência de documento fiscal, não se justifica a imposição da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme previsto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f", da Lei Complementar nº 123/06, uma vez que a operação não ocorreu desacoberta da necessária documentação.

Defende que a utilização da alíquota de 18% (dezoito por cento) apresenta-se completamente indevida: (i) a um, porque no período analisado era optante de regime especial – Simples Nacional; (ii) a dois, porque as operações de venda denunciadas não se encontravam desacobertas de documento fiscal.

Sendo assim, conclui, o Fisco deve recalcular os débitos de acordo com a alíquota devida pela Contribuinte optante do Simples Nacional.

Diz não caber a aplicação de Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez que não houve operação desacoberta de notas fiscais.

Pede, subsidiariamente, que sejam reduzidas as multas, já que são claramente confiscatórias.

Afirma que não há base legal para a sua exclusão do regime do Simples Nacional, já que jamais realizou operação desacoberta de documentos fiscais.

Em sua Manifestação, o Fisco lembra que a exclusão do regime do Simples Nacional ocorre em função de prática reiterada / falta de emissão regular de documento fiscal, e não pela ausência de recolhimento de ICMS.

Diz que o Auto de Infração obedeceu a todos os ditames legais vigentes, sendo perfeitamente identificável:

- a) Os Sujeitos Passivos e a legislação de regência que lhes atribui dita responsabilidade;
- b) A base de cálculo e sua demonstração, inclusive com as informações preliminares sobre o método de apuração;
- c) A capitulação legal com as infringências e penalidades aplicadas.

Capitula legislação e decisões do CCMG para defender que, no âmbito do Simples Nacional, nos casos de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, a alíquota aplicável é a de 18%

Cita o art. 96, inciso X, c/c art.130 da Parte Geral do RICMS/02 e o art. 1º e 11-A, do Anexo V do RICMS/02, para dizer que os documentos fiscais hábeis a documentar as operações de circulação de mercadorias são aqueles ali listados – notadamente, Nota fiscal modelo 1, ou 1-A, dentre os quais não se incluem as declarações das administradoras de cartões.

Diz que a Contribuinte não anexou as notas fiscais de aquisição ou demonstrativo que informe que as mercadorias negociadas por ela eram sujeitas ao regime da ST, e lembra que a autuação se fundamentou na circunstância de a máquina

de cartão ser de propriedade do Coobrigado e não do estabelecimento do Sujeito Passivo.

Argumenta que não cabe a redução da multa a percentuais requeridos pela Autuada, haja visto ser a aplicação das multas sujeitas ao disposto em lei.

Em relação ao caráter confiscatório da multa, o Fisco afirma que houve a aplicação da legislação vigente e não tece maiores considerações sobre o assunto.

DECISÃO

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação abrange o período compreendido entre 01/02/16 a 31/07/16 e versa sobre as seguintes questões:

1) saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização através do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) com os valores referentes às operações de débito/crédito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões de débito e, ou crédito, com os valores declarados pela Impugnante.

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

2) constatação da falta de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS do estado de Minas Gerais pela Autuada, no período compreendido entre 21/02/16 a 11/06/17, descumprindo o determinado no art. 16, inciso I, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 96, inciso I, do RICMS/02.

Exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

3) 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.

O empresário individual Túlio Gimenes de Freitas foi inserido no polo passivo da autuação nos termos do art.135, inciso III, ambos do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, em razão da prática de atos com infração à lei.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com os valores de vendas declaradas pela Autuada por meio do PGDAS-D, a Fiscalização apurou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segundo relatou o Fisco, na formação da base de cálculo da exigência tributária foram utilizadas as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e de débito referentes às máquinas registradas em nome do empresário individual Túlio Gimenes de Freitas.

A Autuada alega, em sua defesa, que o procedimento fiscal de apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal não procedia, pois:

- i) Os documentos fornecidos pelas administradoras de cartão de débito e, ou crédito são considerados documentos fiscais e, portanto, não se poderia falar em saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal;
- ii) Seria inaplicável a alíquota de 18% ao caso para o cálculo do imposto, uma vez que no período analisado ela seria optante pelo regime do Simples Nacional e além disso, não haveria a prática de operações desacobertadas de documentação fiscal.
- iii) Ela comercializava mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e, por conseguinte, o imposto já teria sido recolhido.

Todavia, razão não lhe assiste, conforme se verá.

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*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.”

(...)

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

Ressalta-se que as informações prestadas pelas administradoras 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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."

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."

Por sua vez, há que se considerar a impossibilidade das declarações fornecidas pelas administradoras de cartão de débito, e/ou crédito se prestarem a acobertar as operações de saídas de mercadorias.

Segundo o art. 96, inciso X, c/c art. 130 e os arts. 1º e 11-A, do Anexo V do RICMS/02, os documentos fiscais hábeis a documentar as operações de circulação de mercadorias são aqueles ali listados – notadamente, Nota fiscal modelo 1, ou 1-A, dentre os quais não se inclui as declarações das administradoras de cartões.

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

X - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;

(...)

Art. 130. Para acobertar as operações ou as prestações que realizar, o contribuinte do imposto utilizará, conforme o caso, os seguintes documentos fiscais:

I - Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A;

(...)

ANEXO V
DOS DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS
(a que se referem os artigos 130, 131 e 160 deste Regulamento)

PARTE 1
DAS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AOS DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS

TÍTULO I
DOS DOCUMENTOS RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

CAPÍTULO I
Da Nota Fiscal

Art. 1º Os estabelecimentos, inclusive o de produtor rural inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), modelo 55:

I - sempre que promoverem a saída de mercadorias;

(...)

Art. 11-A. A NF-e é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, destinado a documentar operações e prestações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso da Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 1º A NF-e atenderá ao seguinte:

(...)

Importa lembrar que no período autuado, nenhum valor de faturamento foi declarado pela Autuada por meio do PGDAS, mesmo porque, ela sequer detinha inscrição estadual.

Nesse caso, não se poderia adotar qualquer outro parâmetro de alíquota do imposto incidente sobre as suas saídas – desprovidas de informação constante em nota fiscal – além do previsto no RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

(...)

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).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 desacoberta de documento fiscal;

(...)

Também em razão das saídas de mercadorias terem se dado sem qualquer amparo em documentação fiscal não se pode considerar que elas estivessem submetidas ao regime de recolhimento do imposto por substituição tributária. A ausência de qualquer prova – inclusive de alguma declaração constante no PGDAS, inexistente no período - sobre as características daquelas mercadorias, impede arbitrar, ou presumir, que elas estivessem submetidas àquele regime. Corretamente agiu o fisco em considerar que as referidas mercadorias se sujeitavam ao regime de apuração normal do ICMS.

E diante da comprovada ausência de emissão de documentação fiscal devida pelas saídas de mercadorias, corretas as exigências do imposto e das penalidades aplicadas, quais sejam:

Lei nº 6.763/75

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 desacoberta 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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.

Em relação a ausência de Inscrição Estadual no período autuado, foi corretamente aplicada a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso I, da Lei nº 6.763/75:

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

I - por falta de inscrição: 500 (quinhentas) UFEMGs;

Veja-se que a obrigação de se inscrever encontra-se prevista nos seguintes dispositivos:

Lei nº 6.763/75

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

I - inscrever-se na repartição fiscal, antes do início de suas atividades, na forma que dispuser o Regulamento;

(...)

RICMS/02

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

I - inscrever-se no cadastro de contribuintes do imposto, antes do início das atividades;

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 revelaram capazes de elidir a exigência fiscal.

Assim, verifica-se que restaram caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11. Veja-se a legislação mencionada:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

§ 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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;

(...)

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/1, 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:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 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.

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

No que diz respeito à inclusão do Empresário Individual, Sr. Tulio Gimenes de Freitas, também se encontra correto o procedimento, dado o disposto no art. 124, inciso II e art. 135, inciso III, ambos do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, em razão da prática de atos com infração à lei, quais sejam, dar saídas a mercadorias sem emitir documento fiscal.

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.

Código Tributário Nacional

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

(...)

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.

Finalmente, quanto à alegação do caráter confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I, do 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;

(...)

Saliente-se que as multas de revalidação e isoladas exigidas pela Fiscalização no presente lançamento constituem-se em ato vinculado (conforme estabelece o art. 142 do CTN), estando em plena consonância com a legislação vigente, inclusive observando os limitadores máximos existentes no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, no que tange às penalidades isoladas.

Decisões recentes do Judiciário corroboram o caráter não confiscatório das multas de revalidação e isolada:

EMENTA: APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS

A EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MARGEM DE VALOR AGREGADO (MVA) AJUSTADA. MAJORAÇÃO DO TRIBUTO VIA DECRETO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL. MULTA. CABIMENTO. CARÁTER CONFISCATÓRIO NÃO CONFIGURADO.

- CONSOANTE ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTE TRIBUNAL EM SEDE DO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.16.063296-4/007, A UTILIZAÇÃO DA MARGEM DE VALOR AGREGADO (MVA) AJUSTADA NÃO CONSTITUI MAJORAÇÃO DE TRIBUTO POR DECRETO, NÃO OFENDENDO, PORTANTO, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

- **AS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA TÊM PREVISÃO LEGAL (ART. 55, VII, E 56, II, § 2º, DA LEI 6.763/75), E NÃO VIOLAM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O DO NÃO CONFISCO.** POSSUEM NATUREZA E FUNÇÃO PUNITIVAS, OBJETIVANDO, EM TESE, COIBIR A INADIMPLÊNCIA E GARANTIR A INTEIREZA DA ORDEM JURÍDICA TRIBUTÁRIA.

- RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0000.16.063296-4/003, RELATOR(A): DES.(A) WANDER MAROTTA, 5ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 06/09/0018, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 10/09/2018).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, 19 de outubro de 2021.

Dimitri Ricas Pettersen
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente

CC/MG