

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 25.216/25/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001138409-59
Impugnação: 40.010147321-57
Impugnante: Turmalina Comércio de Joias Ltda
IE: 001088388.00-32
Coobrigados: Jacques Rodrigues Júnior
CPF: 001.864.366-37
Talent Joias Ltda
IE: 062666084.00-43
Proc. S. Passivo: Leonel Martins Bispo/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

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 e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

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 poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III, do CTN e do art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EMPRESA SUCESSORA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos que a empresa Coobrigada é sucessora por incorporação da empresa autuada. Correta, portanto, a sua eleição para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos dos arts. 121, parágrafo único, inciso I, e 132 do Código Tributário Nacional (CTN).

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, 3º e 9º, inciso I, da Lei Complementar (LC) nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 94/11.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Contribuinte à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de fevereiro de 2015, julho e dezembro de 2016 e janeiro a abril de 2017.

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

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão do Contribuinte 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, e art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 9º, da Lei Complementar (LC) nº 123/06, c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 140, de 22/05/18.

O sócio-administrador Jacques Rodrigues Júnior foi incluído como coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, pela prática de atos de infração tributária, conforme previsto no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN) c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

A empresa Talento Joias Ltda também foi incluída no polo passivo do Auto de Infração, tendo em vista a sucessão por incorporação da Autuada, nos termos dos arts. 121, parágrafo único, inciso II, e 132 do CTN.

Da Impugnação

A incorporadora Talento Joias Ltda apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 47/61.

Em sua defesa, a Impugnante conta que teria incorporado a Autuada em 07/12/16.

Diz que, segundo a Certidão Negativa de Débito emitida em 14/01/19, inexistiria pendência tributária relativa à Impugnante Talento Joias, o que atestaria a inexistência de passivo porventura deixado pela empresa incorporada Turmalina.

Afirma que juntou aos autos documentos que comprovariam o pagamento do Simples Nacional e do ICMS nos meses de dezembro de 2016 e janeiro a abril de 2017.

Salienta que o faturamento informado nas respectivas DAPIs (Declaração de Informação e Apuração do ICMS) seria corroborado pelos extratos de Redução Z do ECF (Emissor de Cupom Fiscal) juntados aos autos.

Relata que em relação ao período de 01/02/15 a 28/02/15, a diferença apurada se originaria do desencontro de suas informações com o sistema do Fisco. Isso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

porque, conforme demonstrativos de pagamentos de cartão de crédito do dia 28/02/15 que anexou aos autos (DOC. 5), o seu cliente, a fim de efetuar a reserva de dois relógios, teria realizado dois pagamentos.

Este mesmo cliente teria retornado à loja no dia 02/03/15 e finalizado a compra pagando o saldo remanescente. Para sustentar tal argumento, a Impugnante apresenta o cupom fiscal e a Redução Z, ambos emitidos no dia 02/03/15.

Alega que teria postergado o pagamento de parte do imposto do mês de fevereiro de 2015 para março de 2015, em razão de operações de vendas parceladas através de cartão de crédito.

Informa que relativamente ao período de julho de 2016, não teria localizado em seu arquivo a operação que ensejou o lançamento (fl. 53).

Aduz que a exigência pelo Fisco de alíquota de 18% (dezoito por cento) para o período autuado seria ilegal, tendo em vista que o art. 75, inciso XXVIII, da Parte Geral do RICMS/02 concederia à Impugnante crédito presumido, de modo que a carga tributária resultaria em 5% (cinco por cento).

Entende que a multa isolada aplicada seria indevida porque o Fisco, em seu Relatório Fiscal, indica que as supostas saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal teriam ocorrido entre fevereiro de 2015 e julho 2016, mas, todavia, a punição teria sido estendida a todo o período autuado.

Sustenta que, no que tange ao período de fevereiro de 2015, teria ficado demonstrado que não houve saída desacoberta de documento fiscal.

Noutro tópico, requer o cancelamento da Multa Isolada com base na aplicação do permissivo legal previsto no art. 53, § 3º, da Lei nº 6.763/75.

Alega que a Autuada Turmalina teria apresentado a DEFIS – Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais – em todo o período em que foi optante pelo Simples Nacional (janeiro de 2016 a dezembro de 2016).

Afirma que não restaria demonstrada a prática reiterada de omissão de receita, uma vez que o Fisco não teria considerado a incorporação da Autuada pela Impugnante. Também porque o pagamento efetuado no dia 28/02/15 teria sido apenas para a reserva de mercadorias, sendo que a venda teria sido efetuada em 02/03/15, data em que teria sido emitido o cupom fiscal.

Reafirma que não teria ocorrido venda desacoberta no mês de julho de 2016, mas que, ainda que tivesse ocorrido, esse evento, por si só, não seria suficiente para caracterizar a prática reiterada de infração.

Tópico seguinte, a Impugnante defende que a inclusão do sócio como coobrigado seria indevida porque o Fisco não teria elencado quais as infrações por ele praticadas.

Aduz que os dispositivos legais que fundamentaram a inclusão do sócio como coobrigado, dos quais extrai-se que os diretores ou gerentes serão pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias que decorrem da prática com excesso de

poderes, infração a lei ou contrato social, não se aplicariam ao Coobrigado, haja vista a alegada falta de comprovação da existência de irregularidades.

Requer, ao final:

- o provimento da Impugnação para que se reconheça a insubsistência do crédito tributário e, subsidiariamente, a redução da alíquota do ICMS para 5% (cinco por cento) e o cancelamento ou a redução da multa isolada;
- a manutenção no regime do Simples Nacional; e
- a declaração da ilegalidade da inclusão do sócio-administrador como coobrigado.

Da Reformulação do Lançamento

A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 204/207 dos autos, informando que acatou parcialmente os argumentos da Impugnante. Segundo o Fisco, constatou-se que parte das receitas auferidas pela Autuada, através de operações com cartão de crédito ou débito, encontrar-se-ia declarada nas DAPIs da empresa incorporadora Talento Joias Ltda.

Dessa feita, estando devidamente comprovado nos autos regularidades de parte das operações, a reformulação do lançamento acarretou a redução do crédito tributário em análise.

Da reformulação remanesceram na autuação apenas os períodos de fevereiro de 2015 e julho de 2016.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 213/215 e destaca que o seu contrato social atestaria sua atuação no ramo de joias.

Diz que o ramo de joias também seria o caso da Autuada.

Sustenta que diante dessa condição, as suas operações fariam jus ao crédito presumido previsto no art. 75, inciso XXVIII, do RICMS/02, cuja aplicação resultaria em uma carga tributária de 5% (cinco por cento) do valor da operação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização se manifesta às fls. 217/225.

Entende que, em relação ao período de fevereiro de 2015, a alegação da Impugnante de que teria iniciado a venda parcelada de dois relógios, tendo a finalizado em março e 2015, quando então teria sido emitido o respectivo cupom fiscal, não afastaria o fato de que a venda teria se dado em fevereiro, mês em que deveria ter sido emitido o documento fiscal.

Conta que reexaminou os documentos fiscais da Autuada e que encontrou inconsistências que infirmariam suas teses.

Diz que, em relação ao mês de julho de 2016, o próprio Contribuinte desistiu de apresentar defesa, uma vez que declarou que não teria localizado em seu arquivo a operação que ensejou o lançamento.

Salienta que os relógios referentes à autuação não se enquadrariam na Nomenclatura Comum do MERCOSUL – NCM 9102 e que, portanto, a operação com essas mercadorias não estaria contemplada pelo art. 75, inciso XXVIII, do RIMCS/02, que concederia à Impugnante crédito presumido, de modo que a carga tributária resultasse em 5% (cinco por cento).

Sustenta a eleição do sócio da Autuada para o polo passivo do lançamento, na condição de coobrigado. Nesse ponto, diz que quando existe infração à lei tributária, há responsabilidade solidária dos sócios-gerentes, administradores, diretores, dentre outros, na dicção do art. 135, inciso III, do CTN, que tem o mesmo alcance do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75, aplicável a empresas que estejam ou não em atividade.

Esclarece que a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional teve início com o procedimento da Fiscalização e estaria correta, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos do art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 9º, da Lei Complementar nº 123/06.

Ressalte-se que a redução da Multa Isolada com base no art. 53, § 3º, da Lei nº 6.763/75 seria inaplicável, tendo em vista o § 5º, item 3, do citado dispositivo.

Ao final, solicita que seja julgado procedente o Auto de Infração após a reformulação do crédito tributário constante às fls. 204/207.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Contribuinte à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, inicialmente no período de fevereiro de 2015, julho e dezembro de 2016 e janeiro a abril de 2017.

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

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão do Contribuinte 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, e art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 9º, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

O sócio-administrador Jacques Rodrigues Júnior foi incluído como coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, pela prática de atos de infração tributária, conforme previsto no art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

A empresa Talento Joias Ltda também foi incluída no polo passivo do Auto de Infração, tendo em vista a sucessão por incorporação da Autuada, nos termos dos arts. 121, parágrafo único, inciso II, e 132 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em que pese a narrativa da Impugnante, não lhe assiste razão, pelos motivos a seguir expostos.

Segundo a Impugnante, como mencionado em sede de relato, em relação ao período de 01/02/15 a 28/02/15, a diferença apurada se originaria do desencontro de suas informações com o sistema do Fisco. Isso porque, conforme demonstrativos de pagamentos de cartão de crédito do dia 28/02/15 que anexou aos autos, o seu cliente, a fim de efetuar a reserva das mercadorias, teria realizado dois pagamentos.

Este mesmo cliente teria retornado à loja no dia 02/03/15 e finalizado a compra pagando o saldo remanescente. Para sustentar tal argumento, a Impugnante apresenta o cupom fiscal e a Redução Z, ambos emitidos no dia 02/03/15.

O que se constata em relação ao período de fevereiro de 2015 é que, embora a estória contada pela Impugnante se encaixe e se adeque às declarações posteriormente entregues pela Autuada (Declaração Anual do Simples Nacional – DASN), no caso em março de 2015, ela busca simplesmente acobertar venda de cartão de crédito parcelada em que não foi emitida a nota fiscal no mês de fevereiro de 2015.

Analisando os documentos juntados aos autos, em especial os comprovantes de operações com cartões de crédito e os cupons fiscais emitidos pela Autuada, confirma-se a cronologia dos fatos relatados.

Não obstante, há que se entender que a operação de circulação de mercadoria ora discutida foi, sob o ponto de vista da legislação do ICMS, concretizada com o primeiro pagamento da primeira parcela do preço da venda da mercadoria.

Todavia, embora o momento do pagamento da quarta e última parcela do preço da venda dos relógios anteriormente referidos sirva para concretizar o contrato de compra e venda da mercadoria, ele não define o momento de ocorrência do fato gerador do imposto e tampouco da emissão da nota fiscal.

Assim, a tradição econômica – ainda que parcial – da mercadoria configurou o fato gerador do ICMS, tornando necessária a emissão da nota fiscal no momento de sua ocorrência (o pagamento do sinal, ou da primeira parcela).

No presente caso, ainda que seja verossímil a versão da Impugnante, não se pode contestar que a nota fiscal deveria ter sido emitida em fevereiro, e não em março de 2015. Nesse passo, corretamente agiu o Fisco em considerar os pagamentos efetuados em fevereiro sem correspondência com nota fiscal, como saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Ponto seguinte, a Impugnante informa que, relativamente ao período de julho de 2016, não teria localizado em seu arquivo a operação que ensejou o lançamento (fl. 53).

Afirma que não restaria demonstrada a prática reiterada de omissão de receita, uma vez que o Fisco não teria considerado a incorporação da Autuada pela Impugnante. Também porque o pagamento efetuado no dia 28/02/15 teria sido apenas para a reserva de mercadorias, sendo que a venda teria sido efetuada em 02/03/15, data em que teria sido emitido o cupom fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reafirma que não teria ocorrido venda desacobertada no mês de julho de 2016, mas que ainda que tivesse ocorrido, esse evento por si só não seria suficiente para caracterizar a prática reiterada da infração.

Em relação à autuação apuradas no mês de julho de 2016, o próprio Contribuinte declarou que teria localizado, em seu arquivo, a operação que ensejou o lançamento (fl. 58) e desta forma não teria sido capaz de elidir a acusação fiscal.

Reitera-se, pela importância, que o crédito tributário foi reformulado pelo Fisco, reduzindo seu valor, pois ficou constatado que parte das receitas auferidas pela Autuada, através de operações com cartão de crédito ou débito, encontrar-se-ia declarada nas DAPIs da empresa incorporadora Talento Joias Ltda.

Por oportuno, cumpre lembrar que saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, por óbvio, não permitem a verificação e a confirmação do tipo, marca, espécie e natureza de mercadoria. Por conseguinte, não sendo possível a identificação, não há que avaliar se é aplicável à operação com a mercadoria o crédito presumido previsto no art. 75, inciso XXVIII, da Parte Geral do RICMS/02, de modo que a carga tributária resultasse em 5% (cinco por cento):

RICMS/02

Art. 75. Fica assegurado crédito presumido:
(...)

Efeitos de 19/12/2014 a 31/12/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 46.677, de 18/12/2014:

“XXVIII - ao estabelecimento que promover operação interna com as mercadorias a seguir relacionadas com as respectivas classificações na NBM/SH, de forma que a carga tributária resulte em 5% (cinco por cento) do valor da operação, vedado o aproveitamento de outros créditos relacionados com a operação:”

- a) feldspato (2529.10.00);
- b) pérolas naturais ou cultivadas (7101), diamantes (7102), pedras preciosas ou semipreciosas (7103);
- c) pedras sintéticas ou reconstituídas (7104);
- d) pó de diamantes, de pedras preciosas ou semipreciosas ou de pedras sintéticas (7105);
- e) prata, incluída a prata dourada ou platinada, em formas brutas ou semimanufaturadas, ou em pó (7106);
- f) metais comuns folheados ou chapeados de prata, em formas brutas ou semimanufaturadas (7107);
- g) ouro, incluído o ouro platinado, em formas brutas ou semimanufaturadas, ou em pó (7108);
- h) platina, em formas brutas ou semimanufaturadas, ou em pó (7110);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

i) metais comuns, prata ou ouro, folheados ou chapeados de platina, em formas brutas ou semimanufaturadas (7111);

j) artefatos de joalheria ou de ourivesaria, e suas partes, de metais preciosos ou de metais folheados ou chapeados de metais preciosos (7113 e 7114);

l) obras de pérolas naturais ou cultivadas, de pedras preciosas ou semipreciosas, de pedras sintéticas ou reconstituídas (7116).

Ademais, nos termos do art. 89 do RICMS/02:

RICMS/02

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

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

(...)

Não restam dúvidas de terem sido comprovadas as saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal nos períodos de fevereiro de 2015 e julho de 2016.

Esclareça-se que 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:

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;

(...)

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*:

RICMS/02 - Anexo VII - Parte 1

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 contacorrente 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."

(...)

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 contacorrente 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."

(...)

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:

"§ 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 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.

Há que se destacar as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV, do RICMS/02:

RICMS/02

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

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

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

(...)

A alíquota aplicável às saídas desacobertadas de documentos fiscais realizadas pela Autuada é a prevista no art. 12, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.1”, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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):

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

(...)

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável, conforme o citado art. 12, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

O fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre. 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 do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, da Lei Complementar nº 123/06:

Lei Complementar nº 123/06

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

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

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

Cumprе destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, mas pela apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Relativamente às multas aplicadas, cumpre esclarecer que a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada. Já a multa capitulada no art. 55, inciso II, da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

Reforça-se que a Multa Isolada não foi aplicada sobre as operações de todo o período autuado, mas apenas sobre aquelas ocorridas em fevereiro de 2015 e julho de 2016.

Registra-se, por oportuno, que a Multa Isolada foi adequada ao disposto no § 2º, inciso I, do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação.

Não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos da Lei nº 6.763/75, à qual se encontra o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais – CCMG adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182, inciso I, da mencionada lei (e do art. 110, inciso I, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º, da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante no item 3 do § 5º:

Lei nº 6.763/75

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Corretas, portanto, as exigências da Multa de Revalidação (50% - cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, c/c o § 2º, inciso I, do citado diploma legal.

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

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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.

Assim, observando-se a reformulação do crédito tributário às fls. 204/207, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências remanescentes constantes do Auto de Infração, na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

Composição do Polo Passivo da Obrigação Tributária

Foram eleitos para o polo passivo do Auto de Infração o sócio-administrador da Autuada e a empresa incorporadora Talento Joias Ltda.

Quanto ao sócio-administrador, este responde pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III, do CTN e no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 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.

O art. 135, inciso III, do CTN tem o mesmo alcance do § 2º, inciso II, descrito anteriormente e é aplicável a empresas que estejam ou não em atividade.

A melhor doutrina é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios-gerentes e diretores respondem pela obrigação tributária quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social, ou a estatuto forem prévios ou concomitantes ao surgimento da obrigação tributária (que se dá pela realização do fato gerador).

Na lição dos Professores Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 10ª ed. 1995, pág. 113), Werther Botelho Spagnol (Curso de Direito Tributário, 1ª ed. 2004, pág. 208), Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tributário, 13ª ed. 2006, pág. 268) e José Alfredo Borges (Notas de Aula/UFMG, inéditas), dentre outros, a responsabilidade do art. 135 do CTN é solidária.

Cumprе salientar que a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária e não é espécie de sujeição passiva indireta, é forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, quais sejam, dar saída em mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

Ademais, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e sim o prejuízo causado à Fazenda Pública mineira quando da saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Induvidoso, no caso, que o Coobrigado tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as irregularidades constatadas caracterizam a infração à lei e justificam a inclusão dele para o polo passivo da obrigação tributária.

No que diz respeito à Talento Joias Ltda, tem-se que restou devidamente comprovado o processo de sucessão empresarial por incorporação entre a Autuada e a empresa incorporadora.

Por essa razão, conforme os ofícios de fls. 241/22, a Coobrigada foi devidamente eleita para compor o polo passivo da obrigação tributária, nos termos dos arts. 121, parágrafo único, inciso II, e 132 do CTN.

CTN

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

(...)

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

(...)

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Assim, correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária.

Exclusão do Contribuinte do Simples Nacional

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 9º, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11, vigente à época dos fatos geradores. 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.

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(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;

(...)

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 desacobertas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 75 da Resolução CGSN nº 94/11 que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar. Deverão ser observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, conforme os §§ 1º e 2º do art. 75 da citada resolução.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso, o Contribuinte foi intimado do “Termo de Exclusão” juntamente com o Auto de Infração, de modo que a sua exclusão foi impugnada na mesma peça em que foi contestado o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Registra-se que o CCMG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 24.419/23/1ª:

ACÓRDÃO Nº 24.419/23/1ª

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, DEVIDO À SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO E AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA PLANILHA “DETALHAMENTO DE VENDAS”, NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO (PGDAS-D) E NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I, V 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, SENDO ESTA ÚLTIMA MULTA ADEQUADA AO DISPOSTO NO INCISO I DO § 2º DO CITADO ARTIGO.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. ESTANDO COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA É A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94/11.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DECISÕES UNÂNIMES.

Vale dizer que a exclusão da Autuada do Simples Nacional encontra-se devidamente motivada e que foram observados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, o que torna regular o referido ato, estando, ainda, respaldado tal procedimento pela jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. Examine-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO-Cv 1.0000.23.049062-5/001

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - VENDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL - PRÁTICA REITERADA - PRESUNÇÃO DE

LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - RECURSO DESPROVIDO. 1. A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, QUE INSTITUIU O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, PREVÊ A EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, QUANDO DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL DE VENDA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, DE FORMA REITERADA. 2. CONSTATADAS AS SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A EXCLUSÃO DA EMPRESA AGRAVANTE DO SIMPLES NACIONAL ENCONTRA-SE DEVIDAMENTE MOTIVADA. 3. SEM ELEMENTOS PARA AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, HÁ QUE SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR DE REINCLUSÃO DA IMPETRANTE NO PROGRAMA. 4. RECURSO NÃO PROVIDO. (JULGAMENTO EM 04/07/23; PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/07/23)

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 204/207. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento a Dra. Laila Lúcia de Freitas Santos. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Emmanuelle Christie Oliveira Nunes (Revisora) e Cássia Adriana de Lima Rodrigues.

Sala das Sessões, 26 de março de 2025.

Dimitri Ricas Pettersen
Relator

Cindy Andrade Morais
Presidente

m/D