

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.163/22/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002103982-03
Impugnação: 40.010153328-11
Impugnante: Karina Valadares Mendes Freire 06418839609
IE: 001970893.00-32
Coobrigado: Karina Valadares Mendes Freire
CPF: 064.188.396-09
Proc. S. Passivo: Lucas Lopes Leão/Outro(s)
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a inclusão da titular da empresa individual no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, inciso XII e § 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 por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (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.

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 c/c 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 a falta de recolhimento ou recolhimento a menor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), em decorrência de saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de 01/05/18 a 31/12/19, apuradas mediante confronto de informações obtidas das empresas administradoras de cartões de crédito/débito com valores declarados pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contribuinte por meio da Declaração Anual do Simples Nacional do Microempreendedor Individual (DASN – SIMEI) e/ou do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDAS.

A empresa autuada trata-se de microempreendedor individual, com sede no município de Belo Horizonte, cuja atividade principal é o comércio varejista de itens de cosmética e higiene pessoal.

Na formação da base de cálculo da exigência tributária, foram utilizadas as informações prestadas pelas administradoras de crédito e débito referentes às máquinas registradas em nome da titular da empresa autuada. Afastou-se a alíquota afeita ao regime do Simples Nacional, consoante o art. 13, inciso VII, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06.

A titular da empresa autuada foi relacionada como Coobrigada em relação à presente sujeição tributária, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e dos arts. 966 e 967 do Código Civil.

Exige-se, portanto, o ICMS não recolhido e/ou recolhido a menor, bem como Multa de Revalidação de 50%, consoante o disposto no art. 56, inciso II e Multa Isolada de 40%, prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, ambos os dispositivos da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI, §§ 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, em relação a fatos geradores anteriores a 01/08/18, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18, com efeitos a partir de 01/08/18, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional, acostado às fls. 20 dos autos.

Inconformadas, a empresa autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por meio de procurador devidamente constituído, Impugnação às fls. 24/48, acompanhada de documentos acostados às fls. 49/66 do PTA, argumentando que:

- a Fiscalização fundamenta a autuação em norma revogada, qual seja, a Resolução CGSN nº 94/11. Destaca que a atribuição de penalidade com base em dispositivo revogado é flagrantemente ilegal, de forma que a indicação do dispositivo legal infringido é requisito básico para a lavratura do Auto de Infração. Ante ao exposto, requer que a Fiscalização seja intimada a proceder à substituição do Auto de Infração, com a indicação dos dispositivos legais corretos e com a abertura de novo prazo para apresentação de defesa;

- é necessária a realização de perícia contábil. Objetiva-se comprovar a existência de notas fiscais emitidas referentes às entradas e vendas das mercadorias para a apuração do crédito do imposto devido e aplicação da alíquota do imposto em suas bases originais;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o art. 50, § 5º da Lei nº 6.763/75 é inconstitucional e que, apesar da Lei Complementar nº 105/01 conceder à Fiscalização o direito de acesso a dados bancários dos contribuintes, a Constituição impõe limites e requisitos ao acesso de tais informações, os quais não foram observados quando da edição do art. 50, § 5º da Lei Estadual nº 6.763/75. Neste sentido, tendo a Fiscalização amparado todo o seu processo de fiscalização e autuação em dados obtidos com fundamento no art. 50, § 5º da Lei nº 6.763/75, o procedimento é incompatível com os limites previstos na Lei Complementar nº 150/01;

- o Fisco não instaurou nenhum procedimento administrativo que autorizasse a fiscalização por meio da quebra do sigilo bancário da titular da empresa e Coobrigada. Aduz que o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF foi lavrado tão somente em face da empresa autuada. Argumenta, portanto, que o acesso a informações bancárias da Contribuinte somente poderá ocorrer após a instauração de procedimento administrativo prévio de forma a atender ao que dispõe o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação e limites do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, em consonância com o resultado do julgamento do RE 601.314/SP. Ressalta que, não dispondo a legislação mineira de dispositivo que trate da fiscalização de terceiros possivelmente relacionados com a ocorrência do fato gerador da obrigação em exigência, deve-se buscar a legislação tributária federal como fonte subsidiária. Neste contexto, citando trecho de voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, propõe a aplicação do Decreto Federal nº 3.724/02, o qual prescreve que a fiscalização de terceiros demanda a instauração prévia de procedimento administrativo, com justificativa formal que relacione o sujeito passivo com o terceiro fiscalizado. Requer, portanto, o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, uma vez que descumprido o art. 6º da LC nº 105/01;

- adotar as receitas da empresa autuada como base de cálculo para a incidência tributada consiste em usurpação de competência constitucional, uma vez que o processo tributário administrativo não demonstra inequivocamente que as receitas auferidas pela Impugnante decorrem da circulação de mercadorias e que a tributação de receitas é competência da União;

- é necessário realizar a compensação do ICMS eventualmente devido com os créditos auferidos na entrada das mercadorias vendidas, em atenção ao princípio da não cumulatividade. Assevera que não se pode admitir um regime híbrido, que não autorize a tomada de créditos tributário, mas que permita a majoração da alíquota para os patamares ordinários;

- diversos produtos comercializados estão sujeitos ao regime monofásico, conforme planilha elaborada por profissional contábil contratado para a avaliação das informações fiscais;

- as multas têm natureza confiscatória e que ambas decorrem do descumprimento de obrigações tributárias, de forma que é necessário limitá-las a patamares proporcionais e razoáveis;

Em resposta, a Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal às fls. 69/108, refutando os argumentos apresentados pela Impugnante, aduzindo o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o Auto de Infração é válido, uma vez que obedeceu a todos os ditames legais vigentes, ao demonstrar os sujeitos passivos e a legislação de regência que lhes atribui a responsabilidade, a base de cálculo e a sua demonstração, inclusive, com informações preliminares sobre o método de apuração, bem como a capitulação legal com as infringências e penalidades aplicadas;

- razão não assiste à Impugnante no que tange à alegação de invalidade do Auto de Infração por estar fundado em dispositivo revogado, qual seja a Resolução CGSN nº 94/11, uma vez que, nos termos do *caput* art. 144 do CTN, “o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”;

- quanto ao pedido de perícia formulado pela Impugnante, é desnecessária a prova para a elucidação da questão, nos termos do art. 142, § 1º, inciso II do RPTA;

- no que se refere à arguição de inconstitucionalidade do art. 50, § 5º da Lei nº 6.763/75, não é competência do Conselho de Contribuintes a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, nos termos do art. 110 do RPTA;

- em relação à fiscalização da titular da empresa autuada, o microempreendedor individual é o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406/02, optante pelo Simples Nacional, que tenha auferido receita bruta no ano-calendário anterior de até R\$ 81.000,00, não possuindo personalidade jurídica própria e não se confundindo com pessoa jurídica, ainda que esteja inscrito no CNPJ;

- quanto à alegação de vício na fiscalização, em referência à Lei Complementar nº 105/01, os procedimentos adotados não importam em quebra de sigilo bancário, mas em procedimento fiscal auxiliar, nos termos do art. 66 do RPTA;

- no que se refere à alegação de ofensa à não cumulatividade, a alíquota aplicável está identificada corretamente, nos termos da legislação, não havendo usurpação de competência. Além disso, são apresentados acórdãos deste Conselho que destacam que não há que se falar em créditos oriundos da entrada de mercadorias;

- em relação à informação apresentada pela Autuada de que diversos produtos comercializados estão sujeitos ao regime monofásico, conforme planilha elaborada por profissional contábil contratado para a avaliação das informações fiscais, a rede fazendária impede o acesso ao “QR code” apresentado pela Impugnante, através da qual estão consignados os cálculos e planilhas apresentados pela empresa autuada;

- quanto às multas, há apenas a aplicação da legislação vigente, conforme a reprodução de excertos de acórdãos deste Conselho que validam a aplicação das multas em questão.

Ato seguinte, a questão é levada à apreciação da 3ª Câmara de Julgamento em 05/04/22, oportunidade em que, à unanimidade, acordou-se em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 10 (dez) dias, contados do recebimento da intimação, juntasse aos autos, em formato *pendrive*, a planilha apresentada às fls. 61 dos autos.

Devidamente intimada por meio de seu procurador, a Autuada ficou-se inerte, conforme documentos de fls. 113/115 dos autos.

DECISÃO

Da Preliminar

Preliminarmente, a Autuada alega que a Fiscalização fundamenta a autuação em norma revogada, qual seja, a Resolução CGSN nº 94/11. Destaca que a atribuição de penalidade com base em dispositivo revogado é flagrantemente ilegal, de forma que a indicação do dispositivo legal infringido é requisito básico para a lavratura do Auto de Infração. Ante ao exposto, requer a que a Fiscalização seja intimada a proceder à substituição do Auto de Infração, com a indicação dos dispositivos legais corretos e com a abertura de novo prazo para apresentação de defesa.

Em relação à preliminar arguida pela Impugnante, razão não lhe assiste. De fato, o Auto de Infração encontra fundamento em dispositivos da Resolução CGSN nº 94/11, contudo, também aponta dispositivos infringidos em relação à Resolução CGSN nº 140/18. Denote-se que o período fiscalizado e autuado se estende do dia 01/05/18 a 31/12/19, portanto, em parte do período referenciado a Resolução CGSN nº 94/11 encontrava-se vigente e, por isso, fundamenta a lavratura do Auto de Infração.

Neste contexto, em observância ao disposto no *caput* do artigo 144 do CTN, “o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”.

CTN

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

(...)

Portanto, rejeita-se a preliminar arguida.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS em decorrência de saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de 01/05/18 a 31/12/19, apuradas mediante confronto de informações obtidas das empresas administradoras de cartões de crédito/débito, com valores declarados pela Contribuinte por meio da Declaração Anual do Simples Nacional do Microempreendedor Individual (DASN – SIMEI) e/ou do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDAS.

A empresa autuada trata-se de microempreendedor individual, com sede no município de Belo Horizonte, cuja atividade principal é o comércio varejista de itens de cosmética e higiene pessoal.

Na formação da base de cálculo da exigência tributária, foram utilizadas as informações prestadas pelas administradoras de crédito e débito referentes às máquinas registradas em nome da titular da empresa autuada. Afastou-se a alíquota afeita ao regime do Simples Nacional, consoante o art. 13, inciso VII e § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A titular da empresa autuada foi relacionada como Coobrigada em relação à presente sujeição tributária, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e dos arts. 966 e 967 do Código Civil.

Exige-se, portanto, o ICMS não recolhido e/ou recolhido a menor, bem como Multa de Revalidação de 50%, consoante o disposto no art. 56, inciso II e Multa Isolada de 40%, prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, ambos os dispositivos da Lei nº 6.763/75.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI, §§ 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 94/11, em relação a fatos geradores anteriores a 01/08/18, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140/18, com efeitos a partir de 01/06/18, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional, acostado às fls. 20 dos autos.

Inicialmente, em relação ao pedido de perícia contábil, o pleito é realizado sem a apresentação de quesitos de forma precisa. Objetiva-se comprovar a existência de notas fiscais emitidas referentes às entradas e vendas das mercadorias para a apuração do crédito do imposto devido e aplicação da alíquota do imposto em suas bases originais.

Todavia, conforme exegese do art. 142, § 1º, inciso I, do RPTA, o pedido de perícia não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos.

Decreto nº 44.747/08 - RPTA

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Ademais, ainda que ultrapassadas as questões formais que impedem a admissibilidade da perícia, no que tange ao aspecto material e ao seu deferimento, deve-se observar o disposto no § 1º, inciso II, alínea “a” do art. 142 do RPTA, o qual determina que o pedido de perícia será indeferido quando o procedimento for desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decreto n° 44.747/08 - RPTA

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

Notadamente, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento. Ademais, o pedido requerido não se revela pertinente para o desate da demanda, eis que a prova pericial é supriável por outras provas produzidas nos autos sob exame capazes de dirimir as dúvidas existentes pela apresentação das notas fiscais e documentos contábeis hábeis a fazer prova do direito constitutivo da Autuada, sem causar nenhum tipo de prejuízo à Impugnante.

Quanto ao mérito propriamente dito, sustenta a Impugnante a inconstitucionalidade do art. 50, § 5º da Lei n° 6.763/75, argumentando que, apesar de a Lei Complementar n° 105/01 conceder à Fiscalização o direito de acesso a dados bancários dos contribuintes, a Constituição impõe limites e requisitos ao acesso de tais informações, os quais não foram observados quando da edição do art. 50, § 5º da Lei Estadual n° 6.763/75. Neste sentido, tendo a Fiscalização amparado todo o seu processo de fiscalização e autuação em dados obtidos com fundamento no art. 50, § 5º da Lei n° 6.763/75, o procedimento é incompatível com os limites previstos na Lei Complementar n° 105/01.

Todavia, razão não assiste à Autuada.

O art. 6º da Lei Complementar n° 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, prescreve que as Autoridades e os Agentes Fiscais tributários da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, se tais exames forem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Lei Complementar n° 105/01

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

(...)

Denote-se que as administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer as informações determinadas pela Fiscalização.

Cite-se jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, em julgamento realizado ainda em 08/09/15, já reconhecia que não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegitimidade da quebra de sigilo nos casos em que o procedimento adotado pela Fiscalização estiver em harmonia com as normas constitucionais e com a legislação de regência, conforme previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/01:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - ICMS - AUTO DE INFRAÇÃO - INFORMAÇÕES PRESTADAS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO - CONFRONTO COM AS RECEITAS DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE - POSSIBILIDADE - RECOLHIMENTO DE ICMS A MENOR - IRREGULARIDADE INEXISTENTE NO PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...) COM EFEITO, NÃO HÁ DE SE FALAR EM INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGITIMIDADE DA QUEBRA DE SIGILO, EIS QUE O PROCEDIMENTO ADOTADO PELO FISCO MINEIRO ENCONTRA-SE, A PRINCÍPIO, EM HARMONIA COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, QUE IMPÕE ÀS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO O DEVER DE EXIBIR TODOS OS DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇO REALIZADAS PELO CONTRIBUINTE.(...) APRECIANDO A QUESTÃO EM FACE DE REGRAMENTO SIMILAR NO ÂMBITO DO ESTADO DE GOIÁS, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA JÁ SE MANIFESTOU EM SENTIDO CONTRÁRIO À PRETENSÃO ORA VERSADA.(...) COM A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001, A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO, EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL, PASSOU A PRESCINDIR DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (ART. 6º). PRECEDENTES DO STJ. (PROCESSO Nº 1.0434.13.001963-2/002 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – TJMG, JULGADO EM 08/09/15 E PUBLICADO EM 18/09/15).

(GRIFOU-SE)

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoe_sdepagamento, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.”

(...)

Art. 13-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º As empresas de que trata o caput:

I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa TED_TEF, disponível no endereço eletrônico <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

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

§ 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento, a instituição facilitadora de pagamento, a instituição de pagamento, inclusive a credenciadora de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as empresas similares às penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ressalta-se que as informações prestadas pela Autuada, “Declaração Anual do Simples Nacional e/ou Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDAS”, e pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

RICMS/02

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

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que

permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

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

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

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

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

“Parágrafo único. As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, em conformidade com o Manual de Orientação anexo ao Protocolo ECF 04, de 24 de setembro de 2001, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação”.

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com vendas informadas pela Contribuinte por meio do “Declaração Anual do Simples Nacional e/ou Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDAS”.

Desse modo, não assiste razão à Impugnante quando alega que o procedimento baseou-se em provas insuficientes.

A Impugnante insurge-se contra o lançamento entendendo ter havido quebra de sigilo de dados de instituição financeira. Argumenta que o Fisco não instaurou nenhum procedimento administrativo que autorizasse a fiscalização da pessoa física da titular da empresa impugnante e que o acesso às informações bancárias da Contribuinte somente poderia ter ocorrido após a instauração de procedimento fiscal prévio com o sigilo da informação, de forma a preencher o requisito previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, em consonância com o entendimento firmado no julgamento do RE 601.314/SP.

Entretanto, as administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer as informações determinadas pela Fiscalização. Novamente, razão não lhe assiste.

A utilização de dados bancários, de fato, exige limites e a observância de procedimentos administrativos para que a atividade estatal respeite a liberdade e intimidade do cidadão. Todavia, no caso em tela, não se vislumbra qualquer excesso.

Em se tratando da figura do microempreendedor individual, o seu patrimônio e suas obrigações se confundem integralmente com as de seu titular. Conforme corretamente assinalado pela Fiscalização, a figura do microempreendedor individual não possui personalidade jurídica própria, não se confundindo com pessoa jurídica, ainda que esteja inscrito no CNPJ.

Dessa forma, qualquer ato de fiscalização promovido em face de um microempreendedor individual também o é em relação ao seu titular e vice-versa, pois, na verdade, tratam-se de uma unidade.

Por fim, ressalte-se que, entendimento diverso, seria pertinente em relação à fiscalização de sócio em relação a procedimentos de fiscalização deflagrados tão somente em relação a uma determinada sociedade limitada ou anônima, onde há personalidade jurídica. Neste caso, há limites estabelecidos de forma muito clara na legislação civil, cujos conceitos e institutos de direito privado devem ser observados pelo Direito Tributário, nos termos do art. 110 do CTN.

CTN

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

No que se refere ao cálculo do imposto devido, equivocado o entendimento da Autuada ao sustentar que a Fiscalização usurpa competência da União tributando receitas auferidas pela Impugnante.

Em relação à informação apresentada pela Autuada, por meio de planilha acostada em formato “QR code” aos autos, de que diversos produtos comercializados estariam sujeitos ao regime monofásico, denote-se que a Fiscalização não conseguiu acesso à documentação apresentada e que, mesmo tendo sido concedida a oportunidade à Autuada de apresentar novamente a documentação em outro formato, esta ficou-se inerte.

Diante da impossibilidade de se estabelecer o contraditório, impossível admitir a prova juntada aos autos. Ainda que se fizesse possível, não há registro de que notas fiscais ou outros documentos comprobatórios tenham sido apresentados. Em outras palavras, a simples apresentação de planilha descritiva não é elemento de prova suficiente para afastar o lançamento tributário, quando desacompanhada de outros elementos de prova.

No tocante à alegação da Defesa de que a Fiscalização não efetuou a recomposição da conta gráfica do ICMS, registra-se que, por força do disposto no art. 89 do RICMS/02, não caberia à Fiscalização efetuar prévia recomposição de conta gráfica para exigência do crédito tributário. Veja-se a redação do dispositivo:

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;

II - com documento fiscal que mencione como valor da operação importância inferior à real, no tocante à diferença;

III - com documento fiscal que mencione destaque de valor do imposto inferior ao devido, com relação à diferença;

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se também, no que couber, à prestação onerosa de serviço de comunicação e à prestação de serviço de transporte.

Portanto, em casos como o que ora está sendo analisado, jamais foi autorizada a recomposição da conta gráfica do ICMS. Lado outro, conveniente ressaltar que resta garantido à Contribuinte, no caso de estornos de créditos de ICMS mediante exigência integral em Auto de Infração, a quitação do crédito tributário com saldo

credor acumulado que detiver, observadas as condições estabelecidas nos §§ 1º ao 4º do art. 195 do RICMS/02.

Dessa forma, não há que se falar em afronta ao princípio da não cumulatividade do imposto, previsto no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, visto que não se está negando o direito do Contribuinte ao aproveitamento de créditos de ICMS legítimos, os quais, desde que devidamente escriturados, poderão ser aproveitados a qualquer tempo, seja na compensação de débitos futuros, seja em pagamento de crédito tributário formalizado ou em transferência na forma e condições estabelecidas na legislação do imposto (Anexo VIII do RICMS/02).

Relativamente aos créditos do imposto não aproveitados na época própria, poderão ser apropriados na forma prevista no § 2º do art. 67 do RICMS/02, observado o prazo previsto no § 5º do mesmo artigo:

RICMS/02

Art. 67. Ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo anterior, o valor a ser abatido será escriturado no mesmo período de apuração em que ocorrer a aquisição ou o recebimento da mercadoria ou do bem, ou a utilização do serviço, conforme o caso.

(...)

§ 2º O crédito do imposto corretamente destacado em documento fiscal e não aproveitado na época própria, tenha ou não sido escriturado o documento respectivo, poderá ser apropriado pelo contribuinte, mediante:

(...)

§ 5º O prazo a que se refere o § 3º, nas hipóteses do § 7º do art. 20 da Parte 1 do Anexo V, será contado a partir da emissão da nota fiscal emitida pelo contribuinte por ocasião da imobilização.

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:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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: 10000160548889001 MG (Relatora Desa. Heloisa Combat, data de julgamento:10/11/16, 4ª Câmara Cível, data de publicação: 16/11/16);

- Apelação Cível: 10024134145317001 MG (Relator Des. Claret de Moraes - JD convocado, data de julgamento: 12/04/16, 6ª Câmara Cível, data de publicação: 20/04/16);

- Apelação Cível: 10024122591779003 MG (Relatora Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, data de julgamento: 28/04/16, 8ª Câmara Cível, data de publicação: 06/05/16).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação às penalidades aplicadas, a Impugnante sustenta a sua natureza confiscatória, argumentando que ambas as multas fixadas decorrem do descumprimento de obrigações tributárias e, portanto, seria necessária a sua limitação a patamares proporcionais e razoáveis.

Neste ponto, a questão suscitada é conhecida e recorrente, de forma que fartos são os pronunciamentos desta Câmara quanto à incompetência deste Conselho para a apreciação quanto ao efeito confiscatório ou proporcional das penalidades sob uma ótica principiológica ou constitucional. Registra-se, por oportuno, que a mencionada 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.

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:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

(...)

Uma vez verificada a infringência à legislação tributária, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em exame.

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

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 desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI, §§ 1º, 3º e 9º, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140/18. 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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:

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, incisos I, II e III e §§ 1º e 2º da Resolução CGSN nº 94/11 e art. 83, incisos I, II e III e §§ 1º e 2º da Resolução CGSN nº 140/18, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

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

§ 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.

(...)

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - das secretarias de fazenda, de tributação ou de finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 122. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

(...)

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

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - 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 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS) COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA 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 DE 29/11/11. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

No caso, a Autuada foi excluída do regime do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06.

Vale dizer que a exclusão da Autuada do Simples Nacional encontra-se devidamente motivada e 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. TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESÁRIO - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECISÃO MOTIVADA - OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO - REGULARIDADE - ICMS - BASE DE CÁLCULO - COMPENSAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO - INVIABILIDADE - MULTA ISOLADA - VALOR - REGULARIDADE - CARÁTER CONFISCATÓRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO - ART. 85, §11, DO CPC/2015 - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - APRESENTANDO-SE A SENTENÇA NOS MOLDES DO ARTIGO 489 DO NCPC, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AO §1º, INCISO IV, DO REFERIDO DISPOSITIVO, NECESSÁRIO CONCLUIR-SE PELA SUA REGULARIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR NA OCORRÊNCIA DE NULIDADE. - TENDO SIDO DEVIDAMENTE MOTIVADA A EXCLUSÃO DO AUTOR DO SIMPLES NACIONAL, COM A INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APLICÁVEIS E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, DEVE SER RECONHECIDA A REGULARIDADE DO ATO.

(...)

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.169985-4/001, RELATOR(A): DES.(A) ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (JD CONVOCADO), 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/06/2017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 18/07/2017).

(...)

MÉRITO

PRIMEIRAMENTE ALEGA O APELANTE QUE SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ESTÁ EIVADA DE VÍCIO, POIS O LANÇAMENTO NÃO INDICA O MANDAMENTO CONTIDO NA LC 123/06 OU OUTRA LEGISLAÇÃO CORRELATA QUE DARIA SUPORTE AO ATO, RESTANDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

TODAVIA, O DOCUMENTO DE F. 125/126, TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, APONTA AS RAZÕES PELAS QUAIS FOI O CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DO REGIME ESPECIAL, EXPONDO QUE:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JULHO/2007 A FEVEREIRO/2010, REITERADAMENTE, PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, AS QUAIS PERFAZEM UM VALOR TOTAL DE R\$1.894.005,31 (UM MILHÃO, OITOCENTOS E NOVENTA E QUATRO MIL, CINCO REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS), CONFORME DEMONSTRADO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO Nº 01.000166535.46.

ALÉM DISSO, FORAM INDICADOS OS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA TAL EXCLUSÃO, SENDO EXPRESSAMENTE CITADAS AS LEGISLAÇÕES E OS ARTIGOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS.

TAL TERMO FOI DEVIDAMENTE RECEBIDO E ASSINADO PELO APELANTE, LHE SENDO ASSEGURADA A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

(...) (GRIFOU-SE).

Frisa-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação da Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Por fim, em se tratando de saída desacobertada de documentos fiscais, correta a inclusão da titular da empresa autuada como Coobrigada, em função de sua responsabilidade pelos atos praticados na gestão da empresa, com base no art. 135, inciso III do CTN c/c 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, 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 Alexandre Périssé de Abreu e Jesunias Leão Ribeiro.

Sala das Sessões, 11 de agosto de 2022.

Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Revisor

MP