

Acórdão: 24.624/24/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003140625-89
Impugnação: 40.010156699-21
Impugnante: João Vítor Oliveira Mattar
IE: 003584555.00-41
Coobrigado: João Vítor Oliveira Mattar
CPF: 106.012.346-00
Proc. S. Passivo: Antônio Mariosa Martins
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c os arts. 966 e 967 da Lei nº 10.406/02 e art. 789 da Lei nº 13.105/15. No caso do presente processo, há comprovação de seus atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatou-se, mediante conclusão fiscal, entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária desacobertadas de documento fiscal. Irregularidade apurada por meio de procedimento idôneo, previsto no art. 194, inciso V do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro do art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada do art. 55, inciso II, submetida ao limitador previsto no § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apurada mediante confronto das datas e valores referentes às vendas realizadas através de cartões de crédito/débito, obtidos por informação da administradora de cartões de crédito/débito e nas DIMP - Declarações de Informações de Meios de Pagamento, com as datas e valores constantes dos documentos fiscais de saída emitidos pelo Contribuinte. 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, submetida ao limitador previsto no § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75. Relativamente às operações de saída de mercadorias sujeitas à substituição tributária, exige-se

apenas a Multa Isolada do art. 55, inciso II, submetida ao limitador do § 2º, inciso I do mesmo artigo, da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Autuada promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º, 3º e 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da CGSN nº 140 de 22/05/18.

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

RELATÓRIO

A presente autuação trata de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/12/19 a 31/05/23, apuradas mediante confronto das datas e valores referentes às vendas realizadas através de cartões de crédito/débito, obtidos por informação da administradora de cartões e nas DIMP - Declarações de Informações de Meios de Pagamento, com as datas e valores constantes dos documentos fiscais de saída emitidos pelo Contribuinte.

São exigidos o ICMS, a Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e a Multa Isolada do art. 55, inciso II, submetida ao limitador do § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Constatou-se também, por conclusão fiscal, a ocorrência de entradas de mercadorias, sujeitas à substituição tributária (ST), desacobertas de documento fiscal.

Para essas operações de entrada, são exigidos o ICMS/ST, a Multa de Revalidação do art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e a Multa Isolada do art. 55, inciso II, submetida também ao limitador do § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Relativamente às operações de saída de mercadorias sujeitas a substituição tributária na entrada, realizadas sem emissão de documento fiscal, somente está sendo exigida a Multa Isolada do art. 55, inciso II, submetida ao limitador do § 2º, inciso I do mesmo artigo, da Lei nº 6.763/75.

Há menção, à pág. 78 dos autos, de uma intimação que foi enviada ao Contribuinte, para que o mesmo apresentasse à DF/Juiz de Fora - 2 esclarecimentos sobre as possíveis inconsistências encontradas nas informações prestadas pela empresa e as prestadas pela administradora relativas às vendas no cartão de crédito/débito.

Segundo informado, também à pág. 78, o Contribuinte, em resposta a essa intimação, informa que transmitiu ou retransmitiu seus PGDAS-D do período de 12/19 a 06/22, no dia 16 de maio de 2023, e os PGDAS-D do período de 07/22 a 04/22, no dia 29/05/23.

Foi enviado em 28/06/23, via DTe, o Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000046631.68, sendo a ciência do Contribuinte no dia 04/07/23.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

À pág. 09, consta cópia de e-mail enviado pela conteccontabil@netmg.com.br, solicitando prorrogação do prazo para cumprimento do AIAF até o dia 20/07/23, a qual foi deferida.

Em e-mail de 18/07/23, à pág. 13, a empresa de contabilidade comunica que estaria atendendo ao AIAF nº 10.000046631.68, anexando as informações requeridas.

O referido e-mail foi acompanhado de documentos às págs. 14/68, entre os quais destacam-se:

- correspondência do Contribuinte à Fiscalização, datada de 17/07/23, apresentando planilha e informando que *“atendeu também intimação referente constatação de diferenças encontradas entre os valores de vendas realizados em cartão e os valores declarados em PGDAS-D como faturamento, ajustando os valores diretamente no portal do Simples Nacional, onde gerou um passivo de R\$ 75.385,68 devidamente parcelado em 60 (sessenta) parcelas (comprovante anexo) já com parcelas devidamente quitadas”* (pág. 14; reproduzido à pág. 22);

- Documento de Arrecadação do Simples Nacional às págs. 19/20, relativo ao parcelamento (parcela 2/60), cujo comprovante de quitação encontra-se à pág. 15;

- Documento de Arrecadação do Simples Nacional às págs. 16/17, relativo ao parcelamento (não há indicação de parcela), cujo comprovante de quitação, datado de 06/06/23, encontra-se à pág. 18;

- Documento de Arrecadação do Simples Nacional às págs. 21, relativo ao parcelamento (parcela 1/60), cujo comprovante de quitação encontra-se parcialmente reproduzido à mesma página;

- Recibo de Adesão ao Parcelamento do Simples Nacional, às págs. 23/24, em sessenta parcelas, com registro de confirmação recebida via Internet pelo Agente Receptor SERPRO em 18/05/23;

- Planilha emitida pelo Contribuinte, às págs. 26/38, constando os seguintes dados: “data”, “nº docto.”, “valor do documento” e “modalidade recebeito.”, onde constam informados, no período de 31/12/19 a 31/05/23, valores recebidos em sua maioria via cartão de crédito/débito, e ainda vinte registros de nota fiscal de serviço sem identificação da numeração, sendo que oito pagas em dinheiro, uma sem indicação da modalidade de pagamento e onze para as quais houve o registro pelo Contribuinte de que teriam sido pagas com cartão de crédito/débito.

A Fiscalização enviou e-mail em 08/08/23 (pág. 39), solicitando o envio de planilha no formato Excel, o que é atendido pela empresa de contabilidade, conforme resposta à mesma página.

Às págs. 41/45, são apresentadas imagens de Notas Fiscais de Venda a Consumidor – série D emitidas pelo Contribuinte, encaminhadas por e-mail do dia 18/08/23.

A nova planilha encontra-se às págs. 46/68, porém os valores totais mensais são idênticos à planilha das págs. 26/38.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Há registro no Relatório Fiscal que as Notas Fiscais série D não foram utilizadas no cruzamento de dados para confronto das datas e valores referentes às vendas realizadas através de cartões de crédito/débito, informadas pela administradora de cartões, visto que, de acordo com a legislação vigente, expressa no Decreto nº 43.080, de 13/12/02 - RICMS/02 - ANEXO V, art. 1º, inciso I c/c art. 1º, § 1º, inciso I, letra c e art. 11-D, esta não autoriza a emissão de nota fiscal série D e por não se enquadrar nem mesmo nos casos de dispensa prevista no art. 6º, inciso I, do Anexo VI do Decreto nº 43.080/02 (RICMS).

Sendo assim, o registro no Auto de Infração é de que é obrigatório o uso da NF-e ou NFC-e pela empresa, conforme dispõe o art. 2º, inciso I c/c art. 2º, § 2º da Resolução nº 5.234 de 5 de fevereiro de 2019, para acobertamento de suas vendas.

Consta registro no Relatório do Auto de Infração de que o empresário João Vítor Oliveira Mattar foi inserido no polo passivo da autuação nos termos do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 c/c os art. 966 e 967 do Código Civil (Lei Federal nº 10.406, de 10/01/02) e art. 789, da Lei 13.105, de 16/03/15, bem como nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, em razão da prática de atos com infração à lei (*dar entrada de mercadorias sujeitas a Substituição Tributária desacobertadas de documento fiscal e efetuar vendas sem emitir documento fiscal*).

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 9º, inciso I e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 35357553/05367210/140923, datado de 14/09/23, consta às págs. 99/100 dos autos, com efeitos a partir de 01/01/20.

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, impugnação conjunta, às págs. 108/144, pedindo, ao final, por sua procedência.

Registra-se, por oportuno, que, nos termos do art. 10 da Resolução nº 5.336, de 10/01/20 (MG de 11/01/20), que dispõe sobre o Processo Tributário Administrativo Eletrônico relativo a crédito tributário formalizado mediante Auto de Infração- e-PTA-Crédito (disponível em [https://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/acesso_ao_e-pta/](https://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/ acesso_ao_e-pta/)), para cada representado, a impugnação deve ser apresentada de forma individual, o que não foi observado no presente processo:

Art. 10 - Caso o procurador represente mais de um sujeito passivo no mesmo processo, deverá apresentar, para cada representado, impugnação e recurso de forma individual.

Dessa forma, a peça de defesa apresentada foi atribuída somente à Autuada, sem prejuízo da análise de todo o seu conteúdo.

A Fiscalização manifesta-se às págs. 168/193, refutando os argumentos da Defesa e pedindo pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 22/02/24, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 27/02/24.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante insurge-se contra o lançamento entendendo ter havido quebra de sigilo de dados de instituição financeira. Entretanto, as administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer as informações determinadas pela Fiscalização.

E mais, o art. 6º da Lei Complementar nº 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.

Para corroborar, transcreve-se a ementa da decisão do E. TJMG, Agravo de Instrumento - Cv 1.0000.23.028947-2/001, na qual se analisou alegação de teor similar à trazida pela Defesa, restando afastada qualquer ilegalidade no procedimento fiscalizatório:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO -CONFRONTO DE VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE - DOCUMENTO DE EXIBIÇÃO OBRIGATÓRIA - ALÍQUOTA DO ICMS - SUPOSTA APLICAÇÃO EQUIVOCADA - DILAÇÃO PROBATÓRIA - RECURSO DESPROVIDO. I - A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE É UM INSTITUTO DE CRIAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL POR MEIO DO QUAL SÃO DISCUTIDAS QUESTÕES ATINENTES AOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS, ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO OU ÀS NULIDADES DO TÍTULO EXECUTIVO, MATÉRIAS ESTAS DE ORDEM PÚBLICA, AS QUAIS PODEM SER CONHECIDAS DE OFÍCIO PELO JUÍZO E NÃO DEPENDEM DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. II - POR SUA INDISPENSABILIDADE, SÃO CONSIDERADAS DE EXIBIÇÃO OBRIGATÓRIA COMO DOCUMENTOS FISCAIS (ART. 132, RICMS) AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELAS "ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO, DE CARTÕES DE DÉBITO EM CONTA-CORRENTE E ESTABELECIMENTOS SIMILARES" RELATIVAS ÀS

"OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES REALIZADAS POR ESTABELECIMENTOS DE CONTRIBUINTES CUJOS PAGAMENTOS SEJAM REALIZADOS POR MEIO DE SEUS SISTEMAS DE CRÉDITO, DÉBITO OU SIMILAR, NA FORMA, NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES PREVISTOS EM REGULAMENTO, RELATIVAMENTE AOS PERÍODOS DETERMINADOS PELA LEGISLAÇÃO" (ART. 50, § 5º, LEI Nº 6.763/75). III - AUSENTE QUALQUER ILEGALIDADE NO PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL QUE CULMINOU NA CONSTATAÇÃO DE ENTRADA, SAÍDA OU ESTOQUE DE MERCADORIA DA CONTRIBUINTE DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, "APURADA MEDICANTE CONFRONTO DE VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO". IV - NÃO RESPONDENDO A CONTRIBUINTE AO TERMO DE INTIMAÇÃO SOBRE AS INCONSISTÊNCIAS APURADAS PELO FISCO, DEIXANDO DE APRESENTAR A DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA E/OU DE COMPROVAR AS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES REALIZADAS PARA FINS DE APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA, INVIÁVEL O ACOLHIMENTO DE SUA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE POR NECESSÁRIA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA QUANTO AO PONTO. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.028947-2/001, RELATOR(A): DES.(A) PEIXOTO HENRIQUES, 7ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 04/07/2023, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 10/07/2023) (GRIFOU-SE)

Considere-se, ainda, que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Impugnante compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a prefacial arguida.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Como relatado, a presente autuação trata de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/12/19 a 31/05/23, apuradas mediante confronto das datas e valores referentes às vendas realizadas através de cartões de crédito/débito, obtidos por informação da administradora de cartões e nas DIMP - Declarações de Informações de Meios de Pagamento, com as datas e valores constantes dos documentos fiscais de saída emitidos pelo Contribuinte.

São exigidos o ICMS, a Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e a Multa Isolada do art. 55, inciso II, submetida ao limitador do § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Constatou-se também, por conclusão fiscal, a ocorrência de entradas de mercadorias, sujeitas à substituição tributária (ST), desacobertas de documento fiscal.

Para essas operações de entrada, são exigidos o ICMS/ST, a Multa de Revalidação do art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e a Multa Isolada do art. 55, inciso II, submetida também ao limitador do § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Relativamente às operações de saída de mercadorias sujeitas a substituição tributária na entrada, realizadas sem emissão de documento fiscal, somente está sendo exigida a Multa Isolada do art. 55, inciso II, submetida ao limitador do § 2º, inciso I do mesmo artigo, da Lei nº 6.763/75.

Nos Anexos 1 a 5 do Auto de Infração, constam os dados informados pela administradora de cartões de crédito/débito sobre a totalidade das operações de venda de mercadorias realizadas pela Impugnante, cujos pagamentos foram realizados por meio de seus sistemas de crédito/débito.

No Anexo 07, consta a relação dos documentos fiscais de saída emitidos pela mesma.

No Anexo 08, a Fiscalização apresenta o cruzamento do relatório “Detalhamento por Operação” (Itens Registro 65) e/ou no Registro 1115 da DIMP - Declarações de Informações de Meios de Pagamento com os documentos fiscais de saída emitidos pelo Contribuinte.

Verifica-se que, para alguns documentos fiscais, houve a correspondência entre valor e data, com o registro fornecido pela administradora de cartões, como é o caso da nota fiscal nº 00001, emitida em 09/12/19 pela Impugnante (Anexo 08).

Contudo, para expressiva maioria dos recebimentos de valores, via cartões de crédito/débito, não houve a emissão do documento fiscal correspondente.

A planilha constante no Anexo 8 oferece a apuração, para cada registro fornecido pela administradora de cartões, das operações realizadas pelo Contribuinte que resultaram em saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, posteriormente, totalizadas mensalmente.

A Fiscalização esclarece no Relatório Fiscal, à pág. 78, que:

Relatório Fiscal

10.3 – Foram arbitrados para as saídas desacobertadas de documentação fiscal, nos termos do artigo 51, incisos I, III e VI da Lei 6763/75, os valores referentes as saídas sujeitas e não sujeitas à substituição tributária. O referido arbitramento foi realizado utilizando as NF-e de entrada extraídas do banco de dados SEF-MG para rateio da tributação, considerando as entradas com substituição tributária e entradas não sujeitas à substituição tributária utilizando-se como parâmetro o CFOP das referidas NF-e, demonstrado nos anexos deste AI. Assim, considerou-se o percentual apurado no mês do rateio efetuado, exceto nos meses em que não houve entradas efetuadas com NF-e, onde foi considerada a média percentual encontrada.

10.4 – O percentual arbitrado para as entradas desacobertadas sujeitas à substituição tributária foi definido em função da média percentual encontrada após rateio da tributação, demonstrado no anexo 9 deste AI.

O “Anexo 6 - Relação de itens das NF-e de entrada para comercialização utilizadas no rateio, extraída do Banco de Dados da SEF”, juntamente com o “Anexo 09 - Rateio baseado na proporcionalidade das entradas de mercadorias sem ICMS/ST e com ICMS/ST do anexo 6”, auxiliaram a Fiscalização na elaboração do “Anexo 10 - Relatório ‘Conclusão Fiscal - Operações de Crédito, Débito e Similares’”, por meio do qual foram apurados os valores das saídas sujeitas e as não sujeitas à substituição tributária, para fins de quantificação do ICMS, da Multa de Revalidação e da Multa Isolada a serem exigidos.

Esses cálculos são apresentados no Anexo 11 - Demonstrativo do Crédito Tributário – Saídas desacobertadas, onde se observa que o ICMS devido pelas saídas de mercadorias é inferior àquele tomado como base de cálculo da Multa Isolada, tendo em vista, que para essa última foram consideradas também as saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária em operação anterior.

Esse conjunto de provas reunidas na peça fiscal atesta a prática da irregularidade de dar saída à mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Impugnante 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

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>.

(...)

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.

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III do RICMS/02.

Constatou-se também, por conclusão fiscal, a ocorrência de entradas de mercadorias, sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documento fiscal.

A Fiscalização esclarece, à pág. 77, que chegou aos valores das entradas de mercadorias sujeitas à ST e desacobertadas de documento fiscal mediante o emprego da equação: $CMV = Ei + C - Ef$ (CMV: custo das mercadorias vendidas; Ei: estoque inicial; C: compras; Ef: estoque final).

Essa apuração das entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, porém, desacobertadas de documentação fiscal, se faz indispensável, na medida em que a apuração das saídas desacobertadas comprovou que saíram mais mercadorias sujeitas à ST na entrada do que aquelas constantes das notas fiscais de fornecedores listadas no Anexo 06, o que, por si só, prova a entrada desacobertada de mercadorias.

O “ANEXO 13 – Relatório Conclusão Fiscal Entradas Desacobertadas” demonstra que, nos meses de dezembro/19, dezembro/21 e maio/23, apurando-se o “Custo das Mercadorias Vendidas” (CMV) sobre o “Total das Vendas”, e daí deduzindo-se o somatório de “Estoque Inicial” mais “Compras”, verifica-se um “Estoque Final” negativo.

Para essas operações de entrada desacobertada de documentos fiscais, são exigidos o ICMS/ST, a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, submetida também ao limitador do § 2º, inciso I do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Esse conjunto de provas reunidas na peça fiscal atesta a prática da irregularidade de dar entrada a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao apurar as entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária desacobertadas de documentação fiscal é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso V, 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:

(...)

V - conclusão fiscal;

Corretas e juridicamente fundamentadas se mostram as técnicas de apuração adotadas pela Fiscalização.

Entende-se que o parcelamento providenciado pelo Contribuinte junto à Receita Federal do Brasil, dentro da sistemática do Simples Nacional, em resposta à

primeira intimação, com o intuito de regularizar sua situação, deve ser entendido como uma confissão, mesmo que parcial em termos de valores; confissão esta de que, de fato, o Contribuinte havia praticado os ilícitos tributários apontados na peça fiscal.

Esse parcelamento não tem o condão de afastar a exigência fiscal, porque, tanto para as entradas e estoque, quanto para as saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, **essas devem ser apuradas fora do regime do Simples Nacional, como previsto no § 1º, inciso XIII, alíneas “e” e “f” art. 13 da Lei Complementar nº 123/06**, que assim dispõe:

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 será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

A Impugnante alega erro grosseiro na apuração do imposto devido, pois o Fisco, ao lavrar tal documento, não teria observado **a real dinâmica de funcionamento de uma microempresa de comércio varejista de materiais elétricos**, localizada em Itaú de Minas.

Alega que as vendas eram fiadas, com os pagamentos postergados ou parcelados, mesmo no cartão de crédito/débito.

Contudo, é notório que o pagamento feito via cartão de crédito/débito registra as parcelas acertadas entre vendedor e comprador, o que não altera o registro feito pela administradora de cartão quanto à realização da venda em si, por seu valor total, que é fato gerador do imposto.

Se a Defesa pretendeu provar que o cliente veio ao estabelecimento da Impugnante, fez uma compra, retirou a mercadoria, o documento fiscal foi efetivamente emitido e, somente em data posterior o cliente voltou para passar o cartão de crédito/débito, deveria ter apresentado documentos que comprovassem suas alegações, o que não aconteceu.

Cabe enfatizar que a Impugnante não apresentou planilha indicando outras formas de pagamento, como cheques, PIX, transferência bancária. Somente foram informados dados sobre o uso de cartões de crédito/débito **nas vendas de mercadorias**, ou seja, em atividade dentro do campo de incidência do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As anotações sobre recebimento em dinheiro que foram mencionadas pela Impugnante apenas nas planilhas de págs. 26/38 e 46/68, dizem todas respeito à prestação de serviço, sendo que essas prestações não foram consideradas na auditoria, porque estão fora do campo de incidência do ICMS.

A Fiscalização, de sua parte, cruzou dados de cartões de crédito/débito com notas fiscais válidas emitidas pela Impugnante. E encontrou algumas para as quais havia uma correspondência e por isso não foram incluídas no lançamento, conforme Anexo 8.

A Defesa argumenta que “o comerciante acaba emprestando a máquina de cartão para o colega, quando a dele estraga ou ainda não possui”.

Em sua Manifestação Fiscal, a Fiscalização corretamente ressalta que não há essa previsão “empréstimo de máquina de cartões” na relação da empresa e a operadora dos cartões, pois:

- a operadora está vinculada ao CNPJ da empresa, bem como vinculada ao princípio da autonomia dos estabelecimentos;
- e é a esta empresa contratante que recai a cobrança pelos serviços prestados pelas operadoras de cartão de crédito/débito.

Além disso, a Defesa apenas menciona essa hipótese na Impugnação, mas sequer tentou provar que tal situação irregular, de fato, ocorreu.

Daí decorre também que a autuação não pode ser considerada abusiva, como alega a Impugnante, porque fundada na legislação vigente e nas provas carreadas aos autos.

Frise-se que a prática de “empréstimo de máquina de cartões de crédito/débito” não pode ser uma justificativa juridicamente aceita para a acusação fiscal em análise, por gerar ilícito tributário ao apontar recebimentos relativos a “vendas do estabelecimento”, para operações que supostamente não estão relacionadas a este.

Em outro argumento apresentado pela Impugnante, esta tenta provar que não poderia estar comercializando mercadorias no período em que foi decretada a suspensão das atividades pela Prefeitura Municipal. No entanto, os registros captados pela máquina de cartões de crédito/débito são a prova cabal de que o Contribuinte, simplesmente, não respeitou o decreto e continuou realizando as vendas.

Sendo assim, a alegação de que houve uma imposição da interrupção de comércio não tem como afastar os dados informados pela administradora de cartões que registram as vendas realizadas pela Impugnante no período.

Ressalte-se, outrossim, que esta autuação decorre de uma constatação de que há **uma discrepância muito acentuada** entre os valores declarados pelo Contribuinte na planilha de págs. 26/38 e aqueles informados pelas operadoras de cartões.

Como exemplo, cite-se que, em dezembro de 2019, somando-se os valores das notas fiscais emitidas pela Impugnante, esta declarou as saídas de mercadorias no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor total de R\$ 4.877,70. Já a operadora de cartões informou o valor de R\$ 31.520,68 para este mesmo mês de dezembro de 2019.

Em janeiro de 2020, o Contribuinte declarou R\$ 8.401,91. A operadora informou R\$ 27.048,33.

Em agosto de 2020, o Contribuinte declarou R\$ 8.030,45. A operadora informou R\$ 55.462,11.

Em todo o período autuado, o Contribuinte emitiu notas fiscais eletrônicas cujo total corresponde a R\$ 303.264,02 conforme Anexo 7. Em seu parcelamento, reconheceu vendas de mercadorias no valor total de R\$ 344.746,47, o que envolve as notas fiscais série D e já mencionadas, conforme planilhas de págs. 26/38.

Enquanto isto, a operadora de cartões de crédito/débito informou, para o mesmo período, quantia que corresponde a seis vezes o valor das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo Contribuinte.

Essas circunstâncias afastam o argumento da Defesa de que “não se trataram de vendas desacobertadas, mas de receitas provenientes de pagamentos a prazo realizados por consumidores que adquiriram produtos da empresa de modo parcelado”.

O volume de valores não levados à tributação, mesmo na sistemática do Simples Nacional, que beneficia o contribuinte por meio de um recolhimento menor do que o do crédito/débito, não deixa dúvidas que não se trata de pagamento de parcelas de meses anteriores, porque o conjunto de valores declarados pela Impugnante, mesmo no parcelamento, é bem inferior ao informado pela administradora de cartões.

Quanto às anotações do Contribuinte sobre prestação de serviço com recebimento via cartão de crédito/débito, verifica-se que seu CNAE principal é 4742-3/00 - comércio varejista de material elétrico.

No entanto, seu CNAE secundário é 3313-9/99 - manutenção e reparação de máquinas, aparelhos e materiais elétricos não especificados anteriormente. Sendo assim, pode realizar prestação de serviço.

Ocorre que a Impugnante, simplesmente, apontou na planilha que emitiu nota fiscal de serviço e recebeu por este, via cartão de crédito/débito, mas esses valores mencionados na planilha não se encontram na informação transmitida pela administradora de cartão.

Verificado cada registro relativo ao tema, não foi encontrada qualquer relação, seja de data ou de valor entre a anotação da Impugnante sobre a prestação de serviço e a informação da administradora de cartões sobre o recebimento de valores.

Sendo assim, não é cabível admitir este argumento como capaz de alterar o feito fiscal.

Há que 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:

Como se verifica dos autos, a Fiscalização, por entender que não restaram devidamente especificadas as cargas tributárias das operações realizadas sem a emissão de documento fiscal, aplicou corretamente a alíquota no percentual de 18% (dezoito por cento), conforme art. 12, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.1”, c/c § 71 e os arts. 49, § 2º e 51, inciso III, todos da Lei nº 6.763/75.

Veja-se:

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;

(...)

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

(...)

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

(...)

§ 2º Aplicam-se subsidiariamente aos contribuintes do ICMS as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais.

(...)

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

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

II - ficar comprovado que os lançamentos nos livros e/ou nos documentos fiscais não refletem o valor das operações ou das prestações;

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

Depreende-se da legislação acima, que a aplicabilidade da alíquota prevista no citado § 71 fica limitada aos lançamentos nos quais o valor das operações é arbitrado pelo Fisco (art. 51 da Lei nº 6.763/75) ou amparado nas presunções legais de omissão de receita existentes na legislação federal (art. 49, § 2º, da Lei nº 6.763/75), o que é caso da irregularidade consubstanciada nas saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais apuradas neste Auto de Infração.

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 ao ramo de suas atividades, conforme o citado art. 42, inciso I, alínea “e”, do RICMS/02.

Entende-se que as irregularidades apontadas pela Fiscalização na peça fiscal se encontram provadas, o que afasta a alegação da Impugnante de que a autuação teria se baseado em “presunção”, não fundada em fatos.

Além do ICMS calculado sobre as saídas não alcançadas pela ST na entrada, e o ICMS/ST sobre as entradas desacobertas de documento fiscal, são exigidas duas Multas de Revalidação: a primeira é calculada no percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do ICMS cobrado sobre as saídas desacobertas de documento fiscal, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75; a segunda é calculada no percentual de 100% (cem por cento) sobre as entradas sujeitas à substituição tributária também desacobertas de documento fiscal, prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III do mesmo diploma legal. Veja-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

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

(...)

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

Pela prática das infrações de dar entrada e saída em mercadorias desacobertas de documento fiscal, é também exigida a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, submetida ao limitador disposto no § 2º, inciso I do mesmo artigo:

Lei nº 6.763/75

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacoberta de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

(...)

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

Quanto às multas aplicadas, a Impugnante alega:

- serem inaplicáveis as Multas Isolada e de Revalidação, porque não houve qualquer descumprimento de obrigação por sua parte;
- e que as multas impostas são desproporcionais e que têm caráter confiscatório.

Pede que, se não forem canceladas as multas, que estas sejam reduzidas para patamar que não permita com que excedam o percentual de 100% do valor de ICMS cobrado.

Entretanto, verifica-se que a aplicação das penalidades se deu na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado, como acima demonstrado.

Afasta-se, outrossim, o argumento de falta de certeza e liquidez do lançamento e o pedido de que este seja recalculado.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75, *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;

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

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

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Quanto à eleição do titular da empresa para o polo passivo da obrigação tributária, a Impugnante alega nulidade da inclusão automática do sócio-administrador como Coobrigado pelo crédito tributário.

Em apertada síntese, entende que este não pode ser responsabilizado pela dívida da pessoa jurídica, pois não há fundamentação nem motivação capaz de responsabilizar solidariamente a pessoa física; e aduz que a responsabilização viola a literalidade da lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cita o art. 49-A da Lei nº 13.874/19, que dispõe que “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores”.

Requer, portanto, a exclusão do sócio-administrador do polo passivo da obrigação tributária.

Conduto, importante ressaltar que aqui trata-se não de sócio-administrador, mas de empresário individual, cuja responsabilidade é ilimitada, isto é, todo o patrimônio da pessoa física assegura os débitos contraídos em sua atuação empresarial.

Entende-se que o registro do empresário individual não dá origem a uma pessoa jurídica distinta de sua pessoa física, muito embora, para fins tributários, tenha também que providenciar sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.

Como não há personificação jurídica sobressalente, também não há diferenciação patrimonial entre o conjunto de bens destinado para o exercício da empresa e os demais bens particulares.

Essa também é a posição adotada pela jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. PENHORA. PATRIMÔNIO. TOTALIDADE. NO REGIME JURÍDICO APLICADO AOS EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS (ARTS. 966 E SS. DO CÓDIGO CIVIL) **NÃO HÁ SEPARAÇÃO ENTRE PATRIMÔNIO PESSOAL E PATRIMÔNIO DA EMPRESA, DE MODO QUE TODO O PATRIMÔNIO DO EMPRESÁRIO ESTÁ SUJEITO À PENHORA NA EXECUÇÃO FISCAL.** (TRF/4ª REGIÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO 0013203-60.2012.404.0000 – 2ª TURMA DO TRF – DES. LUIZ CARLOS CERVI – JULGADO EM 19.02.2013) (DESTACOU-SE)

Portanto, não há distinção entre a pessoa natural e a firma por ele constituída. Assim, nos casos de exigências fiscais em que figura como sujeito passivo um contribuinte “empresário” (individual), o titular do estabelecimento - pessoa física - responde com todos os seus bens patrimoniais tanto pelos débitos do CNPJ, quanto pelos do CPF, haja vista que os patrimônios se confundem, fazendo de uma só pessoa o sujeito de direitos e obrigações.

Nessa linha, a capitulação legal encontra-se devidamente registrada no Auto de Infração. Veja-se:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Lei nº 10.406/02

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Lei nº 13.105/15

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Portanto, correta a inclusão do titular da empresa individual no polo passivo da presente obrigação tributária.

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 desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140, de 22/05/18. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN nº 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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

j) se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106; e

(...)

§ 3º A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

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

(...)

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. 83 da Resolução CGSN nº 140/18, 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 §§ 1º e 2º do art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18.

Nesse 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".

No caso, a Contribuinte foi intimada do "Termo de Exclusão" à pág. 106, e do Auto de Infração, à pág. 105, em 18/09/23; porém, em dois momentos distintos, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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 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 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. Examine-se:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REINCLUSÃO DA IMPETRANTE NO PROGRAMA. 4. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMG - AGRADO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001, RELATOR(A): DES.(A) RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR, 2ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 04/07/2023, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/07/2023)

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo Exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Juliana de Mesquita Penha (Revisora), Edwaldo Pereira de Salles e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich.

Sala das Sessões, 27 de fevereiro de 2024.

**Alexandre Périssé de Abreu
Presidente / Relator**

D